This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 742 894

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Sept. 13, 1905.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Die Lehre

des

Römischen Rechts vom Darlehn

und den

dazu gehörigen Materien.

Eine civilistische Monographie

von

Dr. Ph. E. Huschke,
geh. Justizrathe, ordentlichen Professor der Rechte und Ordinarius des Spruchcollegiums zu Breslau.

Stuttgart
Verlag von Ferdinand Enke.
1882.

Digitized by Google

Rec. Heft. 13, 1905

Druck von Gebrüder Kröner in Stuttgart.

Digitized by Google

Vorwort.

Die Mußestunden und die noch gebliebene, wenn auch nur geringe Kraft des hohen Alters der Erforschung und Darstellung eines Contracts zuzuwenden, dem bisher zwar in einzelnen Theilen eine fast übermäßige, in seiner Gesammtheit aber eine sehr geringe Berücksichtigung in der monographischen Litteratur der Römischen Rechtswissenschaft zu Theil geworden ist, hat mich die Wahrnehmung veranlaßt, die ich gemacht zu haben glaube, daß man diesen Contract bisher, indem man zu überwiegend nur von seiner äußern Erscheinung ausging, als zu einfach und leicht angesehen hat, um ihn eines Eingehens auf seine tieferen Grundlagen zu würdigen, welches allein doch die wahre Natur desselben erschließen und eine richtige Auffassung und Beurtheilung der Quellenaussprüche über ihn ermöglichen kann. Indem sich diese bisherige Behandlungsweise aber auch auf die Nebenpartien des Contracts mit zum Theil eigenen hauptsächlich historischen Grundlagen erstreckte, ist schließlich eine große Zahl von traditionellen Controversen entstanden, die ungeachtet alles aufgewandten unläugbar großen Scharfsinnes bei bloßer Verfolgung des bisherigen Weges kaum Aussicht auf eine allgemein befriedigende Beilegung hat.

Was ich bei diesem Stande der Sache mit meiner Arbeit vornehmlich erstrebte, ergibt sich hieraus von selbst. Nicht kam es mir auf eine vollständige Angabe der Litteratur und aller verschiedenen Meinungen an: ich habe mich hier meistens mit Verweisungen begnügt, beziehungsweise nur die wichtigsten abweichenden Ansichten angeführt und muß um die Nachsicht des Lesers bitten, wenn namentlich hinsichtlich der neuesten Litteratur das Eine oder Andere übersehen worden ist. Dagegen habe ich mich bemüht, durch

Digitized by Google

tieferes Eindringen in die Natur des Contracts und der bei ihm mit in Betracht kommenden Rechtssätze oder geschichtlichen Vorgänge, so wie durch genauere oder umfänglichere Behandlung der Quellen sicherere und befriedigende Resultate zu gewinnen. Möge dieses Bestreben nicht ganz ohne Erfolg geblieben sein.

Breslau im November 1881.

E. H.

Digitized by Google

Inhalt.

	Seite
I. Mutuum und creditum nach ihrer Ableitung und historischen Bedeutung im Contractssystem	1—8
II. Das Mutuum Vermögensgeschäft und stricti iuris	8—15
III. Das Erforderniß vertretbarer und verbrauchbarer Sachen	16—24
IV. Consens und Hingabe als Erfordernisse zur Begründung der Darlehnsobligation überhaupt	25—28
V. Erfordernisse der Begründung der Darlehnsobligation, zuerst auf Seiten des Darleihers insbesondere	28—45
VI. Erforderniß der Hingabe in das Vermögen des Darlehnsuchers	45—57
VII. Erforderniß des Empfangs in das Vermögen von auswärts her	57—68
VIII. Consens und Verpflichtungsfähigkeit des Darlehnempfängers	68—90
IX. Die Beweissicherung des Darlehns überhaupt. Insbesondere vom chirographum und der exceptio non numeratae pecuniae. Historische Begründung	91—130
X. Fortsetzung. Neuestes Recht der exceptio non numeratae pecuniae	131—148
XI. Das Gelddarlehn an Hauskinder. Insbesondere das Senatusconsultum Macedonianum. Geschichtliche Grundlage	149—155
XII. Fortsetzung. Das Recht aus dem SC. Macedonianum	155—195
XIII. Natur der Darlehnsobligation und die deshalb zustehende Klage	196—220
XIV. Besondere Fragen von der Gefahr beim Darlehn. — Nauticum fenus. — Untergang des Genus der Darlehnsachen	221—238

Digitized by Google

Digitized by Google

I.

Mutuum und creditum nach ihrer Ableitung und historischen Bedeutung im Contractssystem.

Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit (Paulus L. 2. §. 2 D. de reb. cred. (12, 1) und ebenso schon Gai. 3, 90) — das hält man nach seinem speciellen Wortsinne, wie es gemeint ist, mit Recht für eine etymologische Spielerei. Nicht verdient aber diese Bezeichnung das damit angedeutete Allgemeine, daß mutuum und sein wahrscheinlich nicht einmal nächster Ursprung [1]), das Sicilienfische μοῖτος (Varr. de L. L. 5, 179), sondern beides und auch noch das Verbum mutare zusammengenommen von den Pronominalen der ersten und zweiten Person herkommen, da dieses sachlich und sprachlich ebenso nahe liegt [2]), wie andere Anknüpfungen für eine wahrscheinliche Ableitung uns ganz fehlen. Es hat auch specieller viel Ansprechendes, was ältere Philologen, obgleich ohne nähere Ausführung annehmen, daß die Rede des Hingebenden beim Tauschen, namentlich auch beim Darlehn, wo gleichsam eine Obligation für das gegebene Eigenthum eingetauscht wird, μοὶ τόν (Dorisch = σόν): „Mir das Deinige" dem Worte den Ursprung gab. Es mag erst später in der adjectivischen Form mutuum (dare) auf das Darlehn insbesondere bezogen sein, wo auch die Gleichartigkeit des dagegen zu Gebenden mit dem Hingegebenen als durch die Anschauung vorausgesetzter substantivischer Begriff damit ausgedrückt wurde, da der Hingebende gleichsam sagte, „für dieses mein Dir gegebenes z. B. Erz mir das Deinige" (vgl. L. 6 pr. D. de reb. cred. 12, 1); denn es ist wohl ein permutare, Tauschen oder Wechseln, aber kein Mutuum, wenn für die hingegebenen obgleich generischen Sachen wieder solche, aber anderer Art gegeben werden sollen. L. 2 pr. D. eod. [3]). Der den Anderen

---

[1]) Gegen Mommsen und Voigt, die dieses annehmen, vgl. Demelius Zeitschr. f. Rechtsgesch. II. S. 218.

[2]) Selbst ohne alle ersichtliche Absicht etymologisieren zu wollen, sagt Nonius p. 439. Merc. Unde honestius mutuum, quod sub amico affectu fiat meum tuum usu temporis necessarii (zum Gebrauch in dessen bedürftiger Zeit). Aehnlich Africanus L. 34 pr. D. mand. (17, 1).

[3]) Den Unterschied von permutare und mutuum zeigt am treffendsten Plin. N. H. 9, 55, 171. Er sagt von Hirrius' Muränendarlehn an Cäsar nach dem Gewicht: sex milia numero murenarum mutua adpendit: nam permutare quidem pretio noluit aliave merce.

Digitized by Google

Verpflichtende ist es ja auch sonst überall, welcher ausbedingt und redet, in den sonstigen Anwendungen des Adjectivs mutuus, wie mutuus amor, mutuum facere und mutitare (oder mutuitare? Gell. 2, 24, 2) behält das Sprachgefühl auch später zunächst die Beziehung auf Gleichartiges der Gegenleistung fest und in der Bezeichnung suum aes für Geldforderungen im Gegensatz zu aes alienum (L. 213. §. 1 D. de verb. sign. 50, 16) hat sich noch erhalten, wie der Darleiher von Geld bei der Hingabe eine mit seinem Eigenthum gleichsam erkaufte gleichartige, diesem an Strenge und Absolutheit des Rechts gleichstehende Forderung für sein Vermögen in Anspruch nahm. Vgl. meine Multa und Sacram. S. 433 ff.

Ebendaselbst habe ich auch schon bemerkt, daß der jetzt gewöhnlich sprach- und sinnwidrig abgeleitete Ausdruck cre-dere (alt creduere) — als zusammengesetzter zu vergleichen mit man-dare — schon nach der richtigen Ableitung seiner ersten Sylbe, wie sie sich aus dem Vergleich mit χρά-ω, χρή-ζω, χρεί-α, χρεῖ-ος, χρεω-στής [1]) und dieser ganzen wieder von χείρ (vgl. her-us) stammenden Wortfamilie ergibt [2]), im eigentlichen, besonders auch vom ältern Sprachgebrauch bezeugten Sinn auf das Darlehn geht (vgl. L. 10. fin. L. 11. 12 D. de verb. signif. 50, 16), indem er danach ursprünglich das eigentliche völlige dare zum Gebrauch, das heißt aber mit der Macht zum rechtlichen Verbrauch bezeichnet [3]), welches zwar einerseits Eigenthumsübertragung erfordert, aber andererseits, weil es nur zu jenem Zwecke und nicht damit der Empfänger das Gegebene individuell fortdauernd im Eigenthum behalte, geschieht, das Recht am Gegebenen nur in abstract obligatorischer Gestalt festhält, was nur bei Richtung desselben blos auf gleiche Quantität und Qualität, also nur bei generischen Sachen möglich ist. Vgl. L. 2 pr. D. h. t. Diese Ableitung und diesen Sinn des Ausdrucks bestätigt denn auch theils die Wiedergabe und gleichsam Uebersetzung desselben in einer späteren Sprachperiode mit (nummos) mutuos utendos dare z. B. bei Plautus (Pers. 1, 3, 37) . . . ut nummos sexcentos mihi Dares utendos mutuos, bei Paulus L. 2 D. de

[1]) Bekanntlich = cre-ditor, jedoch im zweiten Worttheile von ἑστάναι statt dare, wie aber auch die Römer, entsprechend unserem sein Geld auf Zinsen anlegen, locare und ponere so gebrauchen. Vgl. außer dem bekannten Horazischen Dives agris dives positis in fenore nummis Plaut. Most. 1, 3, 39 die Klage des Argentarius Locare argenti nemini nummum queo.

[2]) Die ausführliche Untersuchung über diese von H. L. Ahrens Beiträge zur griech. u. lat. Etymologie. Heft 1. 1879 enthält über cre-dere nichts. Wegen der Anlehnung an χείρ und herus ist auch zu vergleichen meine Erklärung der neuen Osk. Bleitafel 1880. S. 17.

[3]) Es ist wohl merkwürdig, daß in demselben Rechts- und Sprachgefühl selbst das Preußische Landrecht dieses Moment in die Begriffsbestimmung des in anderer Beziehung von ihm beschränkt genommenen Darlehns aufgenommen hat. Es sagt I. 11. §. 653: „Das eigentliche Darlehn ist ein Vertrag, vermöge dessen Jemand gangbares ausgemünztes Geld oder geldwerthe . . . . unter bedungener Wiedererstattung in gleicher Qualität und Quantität zum Verbrauch übergibt." Eben so nennen jedoch auch die Franzosen das Darlehn prêt de consomption (man denke nur an Pothiers traité du prêt de consomption) und auch bei Deutschen Juristen heißt es öfter im Gegensatz zum Commodat Verbrauch-Darlehn. Unterholzner Schuldverh. II. S. 10. Erklärt doch auch schon Theophilus (3, 14 pr.) das δανείζεσθαι ἐπὶ τῷ ταῦτα δαπανῆσαι εἰς οἰκείας χρείας als charakteristisch und wesentlich für diesen Contract. Vgl. jetzt auch Pernice Labeo II. S. 262.

Digitized by Google

calumn. (3, 6) . . . si gratuita pecunia utenda data sit, theils daß die Römischen Juristen das bei diesen Sachen zugestandene uti z. B. nummis, pecunia als das den Eigenthumsübergang und damit das Mutuum entscheidende Moment anführen. L. 4 pr. L. 9. §§. 8. 9. L. 10. L. 11 pr. D. de reb. cred. (12, 1). L. 19 pr. D. de praescr. verb. (19, 5) vgl. L. 34 pr. D. mand. (17, 1). Auch ergibt sich daraus die nahe Verwandtschaft des Mutuum oder Creditum mit dem ebenso doppelnamigen Commodatum, indem die Römischen Juristen dieses nach seinem Inhalt auch mit rem utendam dare bezeichnen[1]) (Gai. 3, 144. 196. L. 1. §§. 3. 4 D. de obl. et act. (44, 7). L. 34 D. de iure dot. (23, 3). L. 1. §. 1. L. 10 pr. L. 19 D. commod. (13, 6). Fr. Vat. 269) und bekanntlich unmittelbar neben das Mutuum stellen, wie denn der ungenaue Sprachgebrauch, ähnlich wie bei unserem Leihen das mutuare auch wohl mit unter dem commodare und umgekehrt begriff. Plaut. Pers. 2, 5, 19. Seneca ep. 26. — J. Gothofr. paratitl. ad tit. Th. C. 2, 31. In der That unterschieden sich beide nur wie vertretbare und unvertretbare Sachen[2]), der usus war bei jenen nur ein durchgreifenderer abusus (Ulp. 24, 27. L. 5. §. 13 D. de reb. eor. 27, 9), wie in anderer Beziehung die abalienatio eine durchgreifendere alienatio (mein Recht des Nexum S. 41), und in der ursprünglichen Sprachbildung wird die χρεία, von der cre-dere stammt, eben diesen an her-us, mehr den Herrn des Vermögens als den bloßen Eigenthümer[3]) erinnernden Eigenthumsgebrauch bezeichnet haben, jedoch so, daß in ihr auch der entsprechende Begriff des Bedürfnisses, des Habenmüssens (χρή), zu solchem Verbrauch auf Seiten des Empfängers lag[4]), der dem Mutuum auch ganz wesentlich ist, weshalb dieser Contract immer einen mutuum rogans dem dans gegenüber voraussetzt. Der von Ulpian zu dem Edictstitel de rebus creditis L. 1 D. de reb. cred. (12, 1) bemerkte und aus den Ausdrücken creditor, debitor noch bekanntere Sprachgebrauch, wonach das Wort credere auf alle Contracte, sofern sie auch ein sicheres Klagrecht hervorbringen, daher eigentlich nur die stricten[5]) bezogen wurde, ist ein späterer, der sich aber sammt der noch allgemeineren Be-

[1]) Aeltere Stellen für diesen Sprachgebrauch s. bei Pernice Labeo I. S. 429.

[2]) Vgl. Agroecius bei Gothofr. auct. L. L. p. 1351. Inter commodatum et mutuatum nonnihil distat. commodamus amico pro tempore equum, servum, vestem, hanc ipsam rem, quam dedimus, recepturi; mutuo damus pecuniam, triticum, vinum et his similia, quae mutuo data recipi necesse non est.

[3]) Dominus, welcher Ausdruck nach seiner Abkunft von domus mehr auf die Schutzherrschaft über die Sachen durch das Haus, also über sie als individuell bewahrte und gebrauchte geht.

[4]) Darauf macht besonders Theophilus paraphr. ad I. 3, 14, 1 aufmerksam, es wird auch in der S. 1 Anm. 1 citierten Stelle des Nonius p. 439 hervorgehoben, die zugleich mit dem hinzugefügten temporis necessarii zeigt, daß in usus allein diese Beziehung nicht liegt; Constantin nennt in L. 1 Th. C. de usur. (2, 33) die Darlehnsempfänger schlechthin indigentes und der alte Codexscholiast zu Basil. 23, 1, 76 Tom. II. p. 664 Heimb. begründet darauf mit Recht den Unterschied zwischen dem Darlehn und dem (irregulären) Depositum, daß beim letzteren die exceptio non numeratae pecuniae nicht gelte. Das Lateinische carere entbehren, bedürfen wird nach dieser Seite hin auch mit χ(α)ράω und credere zusammenhängen.

[5]) Davon ausführlich Savigny System V. S. 514. 529. 540 und G. E. Heimbach Lehre vom Creditum S. 52 ff.

Digitized by Google

ziehung auf das in den Willen und das Vollbringen eines Andern gesetzte Vertrauen daraus erklärt, daß ein solches vor Allem in der Eintauschung einer bloßen generischen Obligation (denn die zum Darlehn gegebenen Sachen gehen für das Interesse des Gebers sofort im Verbrauchsrecht des Andern unter) gegen das sicherere Haben derselben (generischen) Sachen als Eigenthum sich äußert [1]).

Den Uebergang zu diesem allgemeineren Sinne bezeugt schon die Lex Cornelia über die Bürgschaften für credita pecunia, von der Gaius 3, 124 sagt:

> Pecuniam autem creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa damus, sed omnem, quam tunc, cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri, id est quae sine ulla condicione deducitur in obligationem.

Diese Deutung des Worts, mit der L. 2. §. 3 D. h. t. [2]) und L. 7 D. de verb. obl. (45, 1) neben Isidor. etymol. 5, 25, 14 (Heimbach Creditum S. 51) zu vergleichen sind, bewahrte aus dessen ursprünglichem Sinne wenigstens noch den Begriff der Gewißheit oder Verläßlichkeit des obligatorischen Rechts, welches eigentlich nur durch die datio vertretbarer Sachen aus dem auf den Andern übertragenen absoluten Rechte hervorging und dessen weitere Sicherung eben auch die Bürgschaft bezweckt, wenn das Gesetz auch übrigens schon auf alle Contracte und jede Art von Sachen, auch die unvertretbaren, bezogen wurde [3]). Die Stelle ist aber auch deshalb bemerkenswerth, weil sie, allerdings mit vielen anderen (zusammengestellt von F. A. Schilling Instit. u. Gesch. des R. R. III. §. 265. Note a. E.), zugleich in den Worten non solum eam, quam credendi causa damus noch den ursprünglichen auf das Darlehn beschränkten Sinn des Ausdrucks besonders deutlich bezeugt. Wir heben unter diesen andern noch eine hervor, weil sie uns in das Wesen des Mutuum und Creditum und ihres gegenseitigen Verhältnisses zu einander tiefer einführt. Paulus sagt in

> L. 2. §. 1 D. h. t. (de reb. cred. 12, 1) [4]) Mutui datio consistit in his rebus quae pondere, numero, mensura consistunt (Haloander: constant): quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia

---

[1]) Dieses schwebte, wenn auch nur dunkel, wohl Gell. 20, 1, 41 vor: Hanc autem fidem maiores nostri non modo in officiorum vicibus sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt maximeque in pecuniae mutuaticae usu atque commercio. Man täuscht sich aber, wenn man deshalb das cre- in creditum mit fides auch etymologisch wenigstens dem Begriffe nach zusammenbringen zu müssen glaubt. Gerade weil beim obligatorischen Geben individuell untergehender Sachen von einer Verpflichtung nach bloßer fides für sie nicht die Rede sein konnte, mußte an ihrer Statt eine desto strengere Haftung der Person, also nach strictum ius, von der sich hier in den Sachen gleichsam opfernden fides erfordert werden.

[2]) Wohl zu lesen: Creditum ergo a mutuo differt, qua genus a specie; nam creditum etiam consistit extra eas res, quae pondere numero mensura constant. sic et (statt ut) si eandem rem recepturi sumus, creditum est.

[3]) Verpflichtete sich ein Bürge unter derselben Bedingung für eine bedingte Schuld von höherem Belauf als 20,000 Sestertien, so war offenbar nicht etwa seine Bürgschaft nichtig, sondern die Lex mit ihrer neuen Bestimmung trat nicht ein. Sie wollte den Credit zu Gunsten der Bürgen im kleinen Verkehr nur in den übersehbaren gewöhnlichen Fällen beschränken. Zu der Jahresbeschränkung paßten bedingte Schulden überhaupt nicht.

[4]) Die von Heimbach vom Creditum S. 140 vgl. 143 versuchte Erklärung dieser Stelle scheint mir nicht befriedigend.

Digitized by Google

(Haloander quae) [1]) in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.

Offenbar bezeichnet hier Paulus mit dem wohl nicht ohne Absicht gewählten etwas alterthümlichen und mit dem sachlich auch so bedenklichen infitias ire zu vergleichenden Ausdruck in creditum ire — gleichsam den wichtigen Schritt thun, sein Eigenthum in eine Obligation zu verwandeln — auch nur wieder den Darlehnsvertrag, also das credere im ursprünglichen eigentlichen Sinne und es ist blos Schuld demnächstiger ungeschickter Streichungen der Compilatoren, wenn er gleich darauf in L. 2. §. 3 in scheinbarem Widerspruche mit sich selbst creditum im weiteren Sinne nimmt, indem er sagt, mutuum sei nur eine Species des creditum. Aber trifft den Juristen nicht der Vorwurf einer nachlässigen Tautologie oder eines Cirkels im Beweise mit seinem quoniam und nam u. s. w.? Das doch gewiß ebenso wenig, als er, wie den Contract, auch die ihn begründenden Sachen bei der mutui datio und bei dem in creditum ire offenbar absichtlich mit verschiedenen Namen und in der That von verschiedenen Seiten her bezeichnet, welche Verschiedenheit er also sicher auch bei mutui datio und in creditum ire im Auge hatte. Die mutui datio, will er sagen, verlangt hinsichtlich der Sachen, die hier, bei der Eingehung dieses benannten Realcontracts, also bei einer Thatsache, auch nur äußerlich in Betracht kommen, solche, welche im Verkehr durch Gewicht, Zahl, Maaß bestimmt werden. Da nehmlich diese Art solcher Contracte, die überhaupt stets auf Wiedererstattung desselben, was gegeben ist, gehen, nach ihrer innern aus den Wirkungen (der Art der dadurch bewirkten Obligation) erkennbaren Natur ein creditum ist, so erfordert sie Sachen der gedachten Art als solcher, bei denen auch nach ihrer innern auf Verbrauch gerichteten Natur das Individuum in der Gattung untergeht und daher die durch Wiedererstattung zu lösende Obligation nur auf dieselbe Gattung gerichtet sein kann — so daß hier, wenn auch andere Sachen als die empfangenen derselben Art zurückgegeben werden, damit der Grundsatz nicht verletzt wird, daß dem Gläubiger nicht etwas Anderes, als was er zu fordern hat, zur Erfüllung aufgedrungen werden kann. Paulus bestätigt mit dieser in unseren Quellen allgemeinen, von der jetzt gewöhnlichen abweichenden [2]), tieferen und richtigeren Auffassung und Darstellung das, was wir über die Etymologie von mutui datio und creditum gesagt haben, da danach auch jene von der factischen Eingehung des Contracts, dieses von seiner rechtlichen innern Natur genannt sind. Eben wegen dieser

---

[1]) Besser wohl, daß man vorher earum statt eorum liest. Der Sinn kommt mit beiden Lesarten heraus, prägnanter aber mit earum.

[2]) Wir sagen gewöhnlich: Das Darlehn besteht in vertretbaren, fungibelen oder generischen Sachen und, obgleich dazu stets L. 2. §. 1 h. t. citiert wird, findet das da ganz wesentliche per solutionen keine Erklärung. Ganz anders unsere Quellen. Nur von Sachen, die in Gewicht, Zahl, Maaß bestehen, sprechen beim Mutuum auch Gai. 3, 90. L. 1. §. 2 D. de obl. et act. (44, 7), Ulp. Instit. II, 1. und pr. I. quib. mod. re contr. (3, 14). Dieselbe verschiedene Auffaffung liegt zu Grunde, wenn die Römer das dare beim Mutuum regelmäßig numerare, adnumerare nennen; man vergleiche die von Heimbach Creditum S. 131 ff. zusammengestellten Quellenbelege. Wir beziehen Zahlung umgekehrt auf die Erfüllung (solvere), wovon die Römer numerare nur selten und doch eigentlich auch nur bei Geldobligationen gebrauchen.

Digitized by Google

seiner factischen Bedeutung wird der Ausdruck mutui oder mutuo datio, mutuare vom Geber, mutui oder mutuo acceptio, mutuari, selten auch mutuare vom Empfänger in unsern Quellen auch festgehalten (vgl. Schilling Instit. III. §. 265 Note e), wenn nur wäg-, zähl- oder meßbare Sachen mit der Absicht zur Rückgabe derselben Qualität und Quantität zu verpflichten hingegeben sind, obgleich formell nicht dadurch also nicht re contrahiert ist. So namentlich bei einem in continenti zur Rückgabe stipulierten Darlehn, wo wegen der höhern schöpferischen Macht des Worts nur ein und zwar Verbalcontract ohne Novation entsteht und die numeratio pecuniae formal betrachtet nur zur materiellen Begründung der Stipulation d. h. zum Schutz der Klage aus ihr gegen eine doli exceptio dient. L. 52. §. 3 D. de obl. et act. (44, 7). L. 126. §. 2 D. de verb. obl. (45, 1). L. 6 §. 1. L. 7 D. de novat. (46, 2). L. 6 D. de SC. Maced. (14, 6). §. 2 I. de exc. (4, 13). Vgl. mein Recht des Nexum S. 101. Doch würde eine mit der geschehenen Hinzahlung verbundene nichtige Stipulation, z. B. weil sie für einen Dritten lautete, dem dann bleibenden Realcontract des Mutuum nicht schaden. L. 9. §§. 4—7 D. h. t. L. 126. §. 2 D. de verb. obl. (45, 1). L. 1. §. 1 D. de stip. serv. (45, 3). L. 3 C. de contr. et committ. (8, 38). Dasselbe kann man so unbedenklich nicht auch sagen, wenn die nichtige Stipulation voranging, eben weil die nachfolgende Zahlung nach der Absicht der Parteien dann nicht sowohl zum Darlehn als um die Stipulation materiell zu begründen geschehen sein wird; doch würde dann dem Geber jedenfalls die condictio sine causa zustehen. Ueberhaupt sagen die Juristen von der Verbindung der Stipulation mit dem Mutuum auch, es werde hier zugleich re et verbis contrahiert. L. 52. §. 3 D. de obl. et act. (44, 7). L. 9. §. 3 D. h. t.

Die richtig erkannte rechtliche Natur des Mutuum als Creditum ist aber auch weiterhin für die Bestimmung der davon geltenden Rechtsregeln nicht ohne Bedeutung.

Bevor wir dazu übergehen, dieses im Einzelnen nachzuweisen, noch die allgemeine Bemerkung und genauere Ausführung des schon früher (Multa und Sacram. S. 433 ff.) Angedeuteten, daß das Mutuum [1]) iuris gentium, also vom Bürger-

[1]) Natürlich nicht zu verwechseln mit dem Klagrecht daraus und den namentlich über das stipulierte verzinsliche Darlehn ergangenen Gesetzen, welche dem ius civile angehören. Liv. 35, 7. Gell. 20, 1, 41. Ius naturale et gentium verstehe ich aber im Römischen Sinne (Gai. 1, 1. 2. L. 1 pr. D. de acq. rer. dom. (41, 1). L. 5. L. 6 pr. D. de iustit. 1, 1), wonach auch der Römische Staat als auch aus gentes humanae erwachsen die Institute des ius gentium von jeher mit voller Wirksamkeit hatte und erst sein ius civile proprium manches Eigenthümliche, wozu auch fast das ganze Klagrecht gehört, bestätigend, erweiternd oder abändernd hinzufügte, nicht im jetzt herrschenden nur vermeintlich Römischen Sinne, wonach das Römische Volk ursprünglich nur ius civile proprium hatte und z. B. alle Sachen wenigstens im Verkehr bei ihm nur durch Mancipation (nicht auch die res nec mancipi durch Tradition) erworben wurden (auch das aes, welches dem Mancipanten gegeben wird?), die Institute des ius gentium aber wie z. B. die Tradition, erst später (und sogar hauptsächlich durch den Prätor) auch im Römischen Staat von andern Völkern her Eingang fanden. Vgl. meine Multa und Sacramentum S. 390. 305. Nach dieser falschen Auffassung ist denn auch die pecunia credita bei den Römern das älteste Darlehn (sogar nach den Meisten zuerst nur in der Form des nexum aes, das noch kein Mutuum war und von dem erst die Stipulation herkommen soll. Savigny System V. S. 538), das in Früchten und andern Sachen erst später von den Peregrinen,

Digitized by Google

recht der Contrahenten unabhängig, weil ſchon vorſtaatlich vollkommen verpflichtend iſt (Gai. 3, 132. §. 2 I. de iure nat. (1, 2). Ulp. Inst. fr. II) und daß die Römer es mit Recht an die Spitze der Real- und damit der ſämmtlichen Contracte ſtellen, der Sprachgebrauch ſogar noch weiter von ihm die Bezeichnung des Berechtigten (creditor) in den Obligationen überhaupt entlehnt hat. L. 10—12 pr. D. de verb. signif. (50, 16). Das erſtere that ſchon der Prätor in ſeinem wieder nur an das ius Flavianum anſchließenden Edict unter dem Titel de rebus creditis; daſſelbe bekanntlich auch die ſpätern wiſſenſchaftlichen Syſteme. Als creditum oder Verbrauchsdarlehn bildet es nehmlich gleichſam die urſprünglichſte, unmittelbarſte und mächtigſte causa obligandi im Verkehr, auf die auch die übrigen Contracte und Quaſicontracte mit ſtricter Wirkung zurückzuführen ſind[1]). Denn die verbrauchbaren Sachen, welche es erfordert, ſind urſprünglich die von den Vegetabilien gewonnenen, eigentlich verzehrbaren (1 Moſ. 1, 1, 29), wie Getreide, Wein u. ſ. w. als die, durch welche der Menſch ſein Leben erhält. Indem ſie dem Bedürftigen zu dieſem Zweck in verpflichtender Abſicht hingegeben werden, gehen ſie unmittelbar in ſeiner Perſon auf und verwandeln, gleichſam ſich ſelbſt als Species opfernd, das Eigenthum an ihnen in ganz anderer nothwendiger Weiſe von ſelbſt in ein die Perſon bedingendes d. h. obligatoriſches Recht auf den generiſchen Betrag, als wenn andere Sachen, welche bleiben, wenn auch zum Eigenthum gegeben werden. Von dieſer rein natürlichen Erſcheinungsform des Mutuum entlehnte auch nach einer ganz glaublichen Nachricht die Stipulation, deren Abſtammung vom Darlehn überhaupt wohl allgemein zugegeben wird (Savigny Syſtem V. S. 538), mittels des Bildes einer gebrochen hingegebenen Aehre in die vorhingeſtreckt ſich gefangen gebende Hand (promissa, ἐγγυᾶσθαι) ihre mündliche Fiction eines ſolchen (Recht des Nexum S. 100) und ſtammte alſo überhaupt der Verbalcontract des ius gentium, durch den alles mögliche in Worten faßbare dare oder facere zum Gegenſtande ſtricter Obligation gemacht werden konnte. Mit dem Hervortreten des letztern Rechts ging aber auch die rein natürliche Auffaſſung der eigentlich verzehrbaren Sachen in die allgemein rechtliche der verbrauchbaren und damit die des Aufgehens in der Perſon ſelbſt in die des Aufgehens in ihrer ſächlichen Seite des Vermögens über. Endlich mit dem Aufkommen des Geldes, zumal des Metallgeldes, nach dem Urſprung der Staaten wurde dieſes, mit dem der Menſch mittelbar alle Bedürfniſſe ſeines Lebens beſtreitet und welches damit gleichſam der Beherrſcher aller, auch der verbrauchbaren Sachen wurde, die wichtigſte und deshalb auch von den Juriſten beiſpielsweiſe oft an erſter Stelle erwähnte Art der Darlehnsſachen. Auch ſchuf nun das ius civile aus und zu den gedachten Contractsformen des ius gentium zwei neue, die alſo blos unter Römiſchen Bürgern aber neben den unter ihnen und mit den Fremden gemein bleibenden des ius gentium gelten: die des nexum aes aus dem Gelddarlehn und die der sponsio aus dem verbal fingierten Darlehn des ius gentium. Auch

namentlich Griechen her entlehnt (Heimbach S. 276) — vermuthlich (möchte man ſpotten) als auch ſie anfingen, von Feld- und andern Früchten zu leben und wegen eigenen Mißwachſes oder andern Mangels öfter in die Lage kämen, vom Nachbar borgen zu müſſen.

[1]) Der folgenden Ausführung iſt ähnlich die von Savigny Syſtem V. Beil. XIV. S. 511 ff.; die letztere geht aber von einer unglücklichen Begriffsverſchiebung aus, der Subſtitution der condictio an Stelle des Mutuum, was viele Irrthümer zur Folge hat.

Digitized by Google

sie bezeugen ihren Ursprung aus dem natürlichen Darlehn, welches seine Kraft aus dem Aufgehn der Darlehnssachen in der Person (jetzt ihrer sächlichen Seite, dem Vermögen) entnimmt, das erstere in seinen besonderen civilrechtlichen Wirkungen als δάνειον ἐπὶ σώμασιν, wie es die Griechen nennen, das letztere in der besonderen Art der verbalen Fiction einer Weinspende, die der Schuldner am gemeinschaftlichen civilrechtlichen Altar nehme — wovon hier nicht weiter zu handeln ist. Wiederum entstand aber für das Geld, vermuthlich erst nach dem Abkommen des nexum aes, auch eine andere neue Fiction eines Darlehns mit materieller Grundlage, die expensilatio einer anderweitigen Geldschuld in den Hausbüchern und damit der Litteralcontract.

So weisen in der That alle stricten Contracte des Römischen Rechts auf das Mutuum als den ursprünglichen hin. Ihnen schließen sich aber auch die quasicontractlichen stricten Obligationen, welche aus dem Gesichtspunkt der grundlosen iure gentium nach dem bonum et aequum verpflichtenden Vermögensbereicherung stammen, und die gesetzlichen Geld- und ähnliche Strafen an. L. 25 D. rer. amot. (25, 2). L. 15 pr. D. de cond. ind. (1, 26). L. 5. §. 3 D. de obl. et act. (44, 7). Gai. 3, 91. Wir bleiben bei der dem eigentlichen Mutuum, von dem nun allein zu handeln ist, eigenthümlichen Verpflichtungsweise durch das Aufgehn zum Verbrauch gegebener Sachen im Vermögen des bedürftigen Empfängers stehen.

II.

Das Mutuum Vermögensgeschäft und stricti iuris.

Paulus sagt in L. 2 pr. D. h. t. vom Mutuum im Vergleich zu andern Realcontracten

> Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus. —

Es ist wohl fruchtbarer, wenn wir, ohne hiervon abzuweichen, sondern nur im weitern Verfolg dieses Ausspruchs nach der entwickelten innern Seite des cre-ditum noch hinzufügen:

Das Mutuum ist, der einzige unter den benannten Realcontracten, um es zunächst kurz zu bezeichnen, ein Vermögensgeschäft, nicht, wie die übrigen, ein Sachgeschäft[1]) — ein in seiner Natur und den Folgerungen daraus bisher wenigstens nicht genügend hervorgehobener Unterschied[2]), dessen Erkenntniß und scharfe Durch-

[1]) Wir meinen also nicht den Gegensatz, an den man jetzt hier gewöhnlich denken würde, des Freundesgeschäfts, was umgekehrt das Mutuum auch ist. S. weiterhin.

[2]) Wir behaupten also nicht ein gänzliches Uebersehen desselben, welches schon der hier zu Grunde liegende Unterschied der vertretbaren Sachen beim Mutuum und der unvertretbaren oder specifischen bei den übrigen Contracten als Gegenstand der Obligation unmöglich macht. Auch finden sich in der neuen Litteratur hin und wieder richtige einzelne Bemerkungen und so zu sagen Anläufe zur Hervorhebung des von uns gemeinten Unterschiedes. So macht z. B. Mandry Familiengüterrecht II. §. 78 mit Recht auf das häufige Erwähnen der in rem versio beim Mutuum als zu seiner Begründung nothwendig aufmerksam (die Stellen werden später gelegentlich vorkommen) und daß hier res = Ver-

Digitized by Google

führung viele Eigenthümlichkeiten dieses Contracts erklärt und auf manche Controversen über Einzelheiten oder allgemein behauptete Unrichtigkeiten das nöthige Licht wirft. Bei den übrigen Realcontracten geht nehmlich die Obligation des Hingebers auf die weder aus seinem Vermögen [1]) noch ins Vermögen des Empfängers hingegebene Sache, selbst wenn nicht blos Besitz oder Detention, sondern, wie bei der Fiducia, Eigenthum auf den Empfänger übertragen wird, weil er dann — was nur durch nuncupatio nach dem Zwölftafelsatz uti lingua u. s. w. in den civilen Formalgeschäften der mancipatio und in iure cessio möglich, weshalb auch die Fiducia formell kein bloßer Realcontract ist — doch nur ein für des Gebers Vermögen stellvertretender, fiduciärer Eigenthümer wird (vgl. Gai. 2, 220. Paul. 3, 6, 69 mit meiner Anm. und Zeitschr. f. gesch. R.W. XIV. S. 232. 248 ff.), der daher, obgleich Eigenthümer geworden, doch, weil es ohne Vermögensbereicherung geschehen, nur mit einer b. f. actio auf Remancipation der Sache, nicht mit einer condictio haftet [2]), und durch einen (wenn nicht vom Geber oder vom Recht zugestandenen) Verkauf der Sache ein Furtum begehen würde, während der Hingeber, welcher die fiduciae causa gegebene Sache contrectiert, obgleich Nichteigenthümer, kein Furtum begeht (Gai. 2, 59. 3, 201), da dieses Delict Aneignung gegen fremdes Dispositionsrecht (vgl. Multa und Sacram. S. 211) also aus fremdem Vermögen voraussetzt. Dem Mutuum ist es dagegen wesentlich, daß die Sachen als generische zu verbrauchende nicht sowohl aus dem Eigenthum als aus dem Vermögen des Darleihers hingegeben werden (was freilich, wenn sie in seinem Eigenthum standen, ohne Veräußerung nicht denkbar ist) und ebenso andererseits nicht sowohl in das Eigenthum als in das Vermögen des Empfängers übergehen (was gleichfalls für dieselben Sachen ohne Eigenthumserwerb nicht möglich ist) [3])

---

mögen sei, wie z. B. in dem uti legassit suae rei, ita ius esto oder rem pupilli salvam fore, wird wohl nicht bezweifelt werden. Unter den Hand- oder Lehrbüchern ist besonders v. Keller Pandekten §. 295 zu nennen.

[1]) Wenn sie nehmlich dazu gehören, was aber hier auch gleichgültig ist, außer bei der Fiducia, die ausdrücklich auf Eigenthumsübertragung geht und deshalb eigene Sachen des Hingebers voraussetzt.

[2]) Wie allerdings Savigny System V. S. 517 ohne Stütze in den Quellen nur nach der herrschenden Vermengung oder doch mangelhaften Unterscheidung von Eigenthum (Einzelsache) und Vermögen, als wäre dieses, von Schulden abgesehen, nur die Summe der sächlichen Einzelberechtigungen, annimmt. (Zu schärferer Unterscheidung kann schon L. 1. §. 4 D. de dote praeleg. 33. 4 verhelfen.) Natürlich setze ich voraus, daß der Empfänger sich nicht durch Verkauf der Sache aus ihr bereichert habe.

[3]) Diese einfache Wahrheit, deren modernes Uebersehen nur wieder aus der gewohnten mangelhaften Unterscheidung von Sachen (wenn auch im Eigenthum) und dem höhern Begriff des Vermögens sich erklärt, liegt, wie vielen andern Rechtssätzen, so auch — um dieses Beispiel hier gelegentlich zu erwähnen — dem von den Neuern (vgl. z. B. Savigny Besitz §. 27. Puchta kl. civ. Schr. S. 439) in seinen Gründen verkannten Satze zu Grunde, daß mit Eingehung der societas bonorum von selbst das Eigenthum der körperlichen Sachen der socii durch constitutum possessorium theilweise übergeht. L. 1. §. 1. L. 2 D. pro soc. (17. 2). Der Consens ein gemeinschaftliches Vermögen zu *haben* (und nur dieses ist beim Vermögen denkbar) enthält ein solches ebenso, wie der Abschluß einer Miethe mit dem Käufer über die verkaufte Sache, weil man eigene Sachen nicht miethen kann. L. 77 D. de rei vind. (6. 1).

Digitized by Google

und somit der Darleiher eine nicht auf Rückgabe der gegebenen Sachen in specie (was das Mutuum vernichten würde), sondern eine abstract gegen das Vermögen des Empfängers gerichtete Obligation auf das Geben einer gleichen Quantität desselben Genus von Sachen erhält, wozu nur auch die hingegebenen, wenn noch vorhanden oder vom Empfänger nach der Veräußerung wieder erworben, dienen können, weil sie durch den Empfang zum Mutuum als Species in seinem Vermögen und damit im Genus für den Gläubiger untergegangen sind (vgl. Agroecius oben S. 3 A. 2 in den Worten necesse non est). Daher gibt der Prätor nach seinem Edict aus dem Commodat und Depositum, eben weil es da vornehmlich nur auf die natürliche Leistung der Sache, nicht auf Vermögensrecht des Klägers ankommt [1]), außer der in ius auch eine in factum concepta actio, damit nach richtiger Meinung auch ein Hayssohn deshalb klagen könne (Gai. 4, 47. L. 19 D. depos. (16, 3). L. 9 D. de obl. et act. 44, 7); während dieser als rechtlich Vermögensloser aus einem Darlehn, wie ursprünglich ohne Zweifel nicht verpflichtet werden (wovon später), so auch nicht klagen kann und ihm nur außerordentlicher Weise (extraordinario iudicio) geholfen wird, wenn er fern von seinem Vater seinen Wechsel zum Darlehn gegeben hat, welcher ihm für sein persönliches Leben in der Stadt seiner Studien unentbehrlich ist, und damit materiell auch einen persönlichen Charakter wie die Sache in den Sachcontracten annimmt (L. 17 D. h. t. L. 18. §. 1 D. de indic. (5, 1). Schon die Rechtssprache deutet auch den Unterschied der beiden Contractsarten damit an, daß sie bei den Sachcontracten, namentlich depositum und commodatum den Empfänger und Schuldner mittels des an das Participium passivi antretenden, eine dauernde Anfügung bedeutenden Suffixes arius bezeichnet (von APΩ) — depositarius und das von den Neuern nicht ungeschickt nachgebildete commodatarius [2]), — während sie nicht auch einen mutuarius oder mutuatarius bilden konnte, weil beim Mutuum, da das Hingegebene für den Hingeber im Vermögen des Empfängers untergeht, kein individueller Gegenstand der Obligation bleibt. Im Recht selbst sind aber ferner die übrigen Realcontracte, da die Person des Schuldners in ihnen in das mehr oder weniger dauernde sittliche Verhältniß der Erhaltung und Pflege zu der individuellen Sache des Hingebers tritt, bonae fidei, das Mutuum aber, bei dem dieses wegfällt, stricti iuris und es erzeugt eine einseitige condictio, die auch certi sein muß, weil sie in ihrem generischen Inhalt und Umfange durch das obligatorisch ins Vermögen hingegebene Eigenthum, das als solches fest abgegrenzt ist, bestimmt wird: und zwar certi auch im engern Sinne, im Gegensatze zur triticaria, bei dem überhaupt häufigsten Geldbarlehn,

[1]) Vgl. L. 8. 9 D. de cap. min. (4, 5). L. 61 D. mand. (17, 1). Nicht ebenso aus der pignoris datio, weil sie accessorisch pro pecunia, also für Darlehn oder sonstige Schuld geschieht und daher deren Rechte folgt.

[2]) Ebenso bei der Fiducia, wo sich aber Beispiele nur außerhalb des Contracts der Fiducia bei der Tutel und Erbschaft erhalten haben (tutor, heres fiduciarius). Beim pignus widerstrebte der andere Sinn von pignerare = (nicht pignori dare sondern) pfänden einer solchen Wortbildung. Beim Commodat (vgl. Schilling Instit. III. §. 270 Note k) ließ sie wohl bei den Römern selbst das noch nicht aufkommen, daß es regelmäßig nur für augenblickliche Bedürfnisse zu baldiger Rückgabe abgeschlossen wird, im Gegensatze zum prec-arium, das für die Dauer gemeiniglich auch an Grundstücken und nicht eigentlich obligatorisch, sondern objectiv zur Herstellung eines gewissen Besitzverhältnisses gegeben wird.

Digitized by Google

weil da der Richter auch nicht einmal bei der Abschätzung einen Einfluß auf Bestimmung des Umfangs der klägerischen Obligation hat. Doch davon wird später besonders zu handeln sein.

Eine Verminderung der obligatio mutui ipso iure auf weniger als das zum Mutuum[1]) Hingegebene durch hinzugefügte Nebenabrede ist unmöglich. Diese würde nur eine exceptio pacti erzeugen. Wäre aber von vornherein wissentlich so zum Darlehn gegeben, daß der Empfänger weniger als das Gegebene schuldig werden solle, so würde, da es für das mehr Gegebene am Consense zum Mutuum fehlte, aus diesem nur das Wenigere ipso iure geschuldet werden (das Ueberschießende im Zweifel geschenkt sein) L. 11. §. 1 D. h. t. Schlechthin unmöglich ist aber eine Erweiterung auf mehr als das Gegebene (L. 11. §. 1 cit. L. 17 pr. D. de pactis (2, 14). L. 9 C. de non num. pec. 4, 30)[2]) und der Contract mit Rücksicht darauf, daß der benöthigte Schuldner das Empfangene für seine Bedürfnisse verbrauchen kann, während der Darleiher keinen Vortheil davon hat, sondern wirthschaftlich der Gefahr, das Gegebene für eigenen Verbrauch nicht zeitig, vielleicht selbst überhaupt nicht wieder zu erhalten, sich aussetzt, an sich ein uneigennütziger — frühzeitig vielleicht auch gratuitum schlechthin genannt (Sueton. Caes. 27 von grati-a und verkürztem uti?), gewöhnlicher pecunia gratuita oder Geld u. s. w. mit usus gratuitus (Seneca de consol. ad Polyb. 10, 5. Plin. ep. 3, 11, 2. L. 8 D. in quib. c. pign. 20, 2) — und darum ein Freundesgeschäft (Plin. l. c. Non. v. Mutuum. Mutuet. p. 439. 474), dieses auch in der Hinsicht, daß die Zeit der Rückgabe in einer Zeitdauer dabei wie beim Commodat keine besondere rechtliche Bedeutung hat: im innern Gegensatz zu dem Geschäft, wo die Hingabe der Darlehnssachen zugleich im Interesse des Hingebers durch Ausbedingung von Zinsen geschieht[3]). Obgleich nehmlich das Zinsrecht naturgemäß zuerst sich eben bei dieser Hingabe namentlich von Geld entwickelte, weil ohne besondere Freundesgesinnung die Zinse als Aequivalent für die ausdrückliche Verbrauchsgewährung an den Empfänger mit dem Opfer der eigenen Macht dazu in einer gewissen Zeit als billig erscheinen mußte, so war doch auch dieses auf Rückgabe von mehr als dem Empfangenen gerichtete Geschäft eben als solches, ungeachtet seiner gleichen materiellen Grundlage mit dem Mutuum, doch selbst formell kein Mutuum und überhaupt nicht als reiner Realcontract vollziehbar. Es tritt vielmehr auch im formellen Gegensatz dazu auf[4]), zuerst, auf Geld beschränkt, in dem

[1]) Was nicht wissentlich zum Mutuum, sondern nur durch Verzählen u. s. w. dem Empfänger mehr gegeben wäre, würde eine durch condictio sine causa zurückzufordernde Bereicherung sein.

[2]) Doch kann das Mehrversprochene als ob causam promissum gültig sein. L. 4 C. de condict. ob caus. (4, 6).

[3]) Vgl. über diesen ursprünglich meist auch örtlich scharf ausgeprägten Gegensatz, indem man das Mutuum bei Freunden nachzusuchen, das Zinsgeschäft dagegen in der Regel mit den Wechslern auf dem Forum einzugehn pflegte, die Nachweisungen besonders aus Plautus bei Demelius Zeitschr. f. RG. II. S. 217 ff.

[4]) So z. B. bei Plaut. Asin. 1, 3, 95. Si mutuas (nehmlich minas) non potero, certum est, sumam fenore. Non. p. 439. Mutuum a fenore hoc distat, quod mutuum sine usuris fenus cum usuris sumitur, et est accepti fetus, unde et fenus dictum est, ut Graece τόκος quasi partus mutui sumti. L. 6. Th. C. de denunt. (2, 4) ... debiti, quod vel ex fenore vel mutuo data pecunia sumsit exordium ... Vgl. Cuiac. obs. 11, 37. Heinecc. antiquit. Rom. III. 15, 3 seq.

Digitized by Google

nexum aes, wo die Zinse ursprünglich und eigentlich fenus hieß, weil sie meist für die zu erzielenden Früchte aus dem mit dem empfangenen Capital in Stand zu setzenden Acker und darum als Jahreszinse bedungen wurde, dann mit Abwerfung dieser Beschränkung als fenebris oder fenore sumpta pecunia (oder was sonst vorgestreckt war) im allgemeinen Sinne stipuliert und noch später in gewissen bekannten Fällen (Schilling a. a. O. S. 229) auch klagbar pacisciert, also in einer verborum obligatio oder einem pactum, wo die Zinse, weil sie nun meist für den Gebrauch des Capitals zu gewinnbringenden Handels- und ähnlichen Umsatzgeschäften gegeben und monatsweise berechnet wurde, auch allgemeiner usura hieß. Doch können nun auch bei einer eigentlichen mutua pecunia zugleich mit dieser oder nachher selbständig stipulierte Zinsen vorkommen (z. B. L. 102. §. 3 D. de solut. 46, 3), da diese bei jeder Obligation auf generische Sachen zulässig sind, womit denn das Mutuum seinen Charakter als nothwendiges Freundesgeschäft abstreifte. Daher auch mutuam pecuniam fenebrem sumere in L. 34. §. 1 D. h. t. Gai. 3, 156. Auch steht diese Zulässigkeit von Zinsen für ein Mutuum, die dann aber immer auf einem eigenen obligatorischen Factor beruhen müssen, mit dem dem Mutuum als Creditum im engern Sinne eignenden gewährten Verbrauch der Darlehnssachen nicht im Widerspruch. Denn theils kann die „benöthigte Zeit" (S. 1 Note 2) des eigentlichen Mutuum auch ein Zeitraum sein, theils ist dieser Verbrauch nicht wie der Gebrauch (eigentlicher usus mit Inbegriff des Fruchtgenusses) bei den unvertretbaren in Eigenthum und Besitz stehenden und daher in der Zeit dauernden Sachen, den die Zinsen für generisch überlassene vertretbare Sachen auf dem höhern Gebiete des Vermögens und seiner Geschäfte nachahmen (daher usurae), kein zeitlicher, sondern ein absoluter Begriff, der nur den schon in der Hingabe ins Vermögen mit sofortiger Macht zum Verbrauch liegenden obligatorischen Untergang der Species in der Gattung bezeichnet [1]), mag denn der Empfänger den ihm damit möglich gemachten Verbrauch an den empfangenen Species thatsächlich für sein Vermögen vollziehen wie er will (z. B. auch durch irgend welche Veräußerung, vgl. L. 42 D. de i. dot. 23, 3) oder auch unterlassen; daher die empfangenen Sachen als obligatorisch in sein Vermögen übergegangen sofort auf seine Gefahr stehen, d. h. durch ihren wirklichen Untergang, mögen sie ihm genützt haben oder nicht, unbeschadet der Fortdauer der Obligation sein Vermögen vermindert wird. §. 2 I. quib. mod. re contr. (3, 14). L. 1. §. 4 D. de obl. et act. (44, 7). L. 9. §. 9 D. h. t. L. 11. C. si certum pet. (4, 2). Die Zinsen werden also nur für die in der beredeten Zeit ermöglichte nützliche Verwendung der Darlehnssachen beziehungsweise der darin liegenden Bereicherung ausbedungen. Im Uebrigen gehört die Lehre von den Zinsen, eben weil sie dem Mutuum als solchem nicht eignet, nicht in unsere Untersuchung.

Unter einer Bedingung eingegangen würde das Mutuum freilich erst mit deren

---

[1]) Besonders tritt dieses in der Anwendung hervor, welche Alfenus in L. 31 D. loc. (19, 2) von in creditum ire bei der s. g. locatio conductio irregularis mit den Worten macht: quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret. Er erklärt damit diesen Fall der Hingabe nicht für ein Mutuum, vergleicht ihn aber mit diesem darin, daß auch da der verladende Kaufmann sofort völliges Eigenthum mit Verbrauchsmacht gegen eine generische Obligation auf tantundem gebe.

Digitized by Google

Eintritt, dann aber rückwärts von der Hingabe als dem contrahierenden Factum an zu Stande kommen (L. 7. 8 D. h. t. L. 32. §. 1 D. de furt. 47, 2), so daß dann auch der inzwischen erfolgende Untergang, der den Eintritt der Bedingung unmöglich macht, den Hingeber als noch fortdauerden Eigenthümer in seinem Vermögen trifft. Dagegen würde es den Begriff des Mutuum als sofortiger Verwandelung des Eigenthums an den hingegebenen Darlehnssachen in eine generische Obligation zerstören, wenn der Empfänger nicht wegen der bloßen in Rücksicht auf sein Bedürfniß geschehenen obligatorischen Vermehrung seines Vermögens an sich sofort (confestim L. 19 D. h. t.), sondern in Folge einer andern Absicht und Natur des Geschäfts nothwendig erst von einem zukünftigen Umstande an zur Rückgabe derselben Quantität verpflichtet sein sollte, wie z. B. beim quasi ususfructus von seinem Tode oder seiner capitis deminutio, bei der s. g. irregulären Miethe erst von einem vollbrachten faciendum (z. B. dem Transport) an, oder beim Nichterfolge einer aufgegebenen Leistung von da an (L. 10 pr. D. h. t.), oder wenn eine Arra gegeben wird, was nur zur äußern Manifestierung des Abschlusses, vielleicht auch zur Bestärkung eines Consensualgeschäfts geschieht, oder einem Ehemanne eine dos, sei es auch eine receptitia, bestellt wird, wo Grund und Zweck der Gabe der Ehe im gleichzeitigen Interesse der Frau zu dienen, zugleich die Rückgabe nothwendig hinausschiebt. Ebenso endlich bei unserer modernen s. g. Geldcaution, welche den Empfänger wegen einer möglichen zukünftigen Interesseforderung gegen den Hingeber sichern soll und sich von dem Römischen Geldpfande nur durch die Hingabe ins Eigenthum des Empfängers unterscheidet [1]). Im Uebrigen gestattet das Mutuum wie jeder andere Contract einen zeitlichen Aufschub der Erfüllung der auch dann sofort eingetretenen Obligation. Ein so für die Rückgabe sofort bei der Contrahierung oder später, wenn auch nur stillschweigend und folgerungsweise, wie z. B. durch Vorausnahme der Zinsen für eine gewisse Zeit (L. 36 D. h. t. L. 57 pr. D. de pact. 2, 14), bedungener Tag der Rückgabe (L. 22 D. h. t. L. 41. §. 2 D. de usur. (22, 1). L. 8 D. de adm. et per. (26, 7). Seneca de benef. 3, 10. 4, 39) würde zwar dem Schuldner gegen frühere Klage Schutz durch die Gefahr der pluris petitio oder im andern Falle durch eine exceptio pacti gewähren. Die gemeine Meinung aber [2]), daß im Mutuum schon von selbst eine gewisse billige

[1]) Vgl. Dernburg Preuß. Privatr. I. S. 835. II. S. 464.

[2]) Siehe z. B. Glück Pand. XII. S. 94. Unterholzner Schuldverh. II. §. 309 zu Anf. Windscheid Pand. §. 371 Note 4. Das Richtige dagegen bei v. Keller Pand. §. 295. Erführe der Darlehensgeber selbst bei einem unverzinslichen Mutuum sofort nach der Hingabe, daß der Schuldner ihn beschwindelt habe oder daß er der Insolvenz nahe sei, oder brauchte er das Geld unverhofft nothwendig selbst, so würde es auch sehr inhuman sein, ihm nicht sofortige Rückforderung zu gestatten. Doch gilt die sofortige Klagbarkeit ja auch von andern nicht betagten stricten Obligationen L. 56. §. 4 L. 73 pr. D. de verb. obl. (45, 1). Selbst in den beiden stipulierten verzinslichen Darlehen auf den Siebenbürgischen Wachstafeln (Bruns fontes iur. Rom. p. 208) werden die Zinsen nur versprochen, quamdiu (die Darleiherin) abstinuerit, d. h. das Darlehn ungekündigt stehen gelassen hat (nicht nach Bruns = retinuerit, was das Wort nicht bedeuten kann und was auch keinen Sinn gäbe) und (bei dem zweiten) die Rückgabe an den Darleiher ausbedungen qua die petierit, also auch, wenn er an dem Tage der Hingabe selbst sie verlangte. Die Stipulation drückte aber in der Regel nur das ohne sie blos consentierte gewöhnliche Recht

Digitized by Google

Frist für die mit Klage zu fordernde Rückgabe liege, verwechselt entweder den Begriff des Verbrauchs, der hier schon im Uebergange der Quantität in das Vermögen des Schuldners z. B. durch den Eigenthumsempfang liegt, mit dem des eigentlichen Gebrauchs oder rechtliche und bloße Anstandsrücksichten, die übrigens ebensowohl auch für betagte und selbst verzinsliche Darlehne gelten; denn wie Seneca (de benef. 1, 2, 3) sagt: nemo beneficia in calendario scribit (wo verzinsliche Darlehne stehen); nec avarus exactor ad horam et diem adpellat.

Ein wahres Mutuum, nur mit einer eigenthümlich bestimmten Zeit und Art der Rückgabe ist auch, was wir Vorschuß im besondern Sinne, die Römer pro mutuum (wohl nach dem Griechischen προχρεία) nennen, d. h. in der Regel (denn der mehr wirthschaftliche als juristische Ausdruck hat doch keine feste Bedeutung)[1] das, was der, welcher dem Bedürftigen in Zukunft als Schuld zu zahlen haben wird, diesem im Voraus als Darlehn gibt, so daß das anticipando von ihm Erhaltene nach eingetretener Fälligkeit jener Schuld auf diese abgerechnet und so durch Compensation zurückerstattet werden soll[2]. Es kann also vor der Fälligkeit jener Schuld nicht zurückgefordert werden, wenn nicht etwa deren Wegfallen vorher gewiß wird. So erwähnt den Empfang eines solchen Vorschusses Scävola (L. 34. §. 3 D. de leg. 3) aus einem Testament als eine Unterart des aes alienum des Testators, welches der mit seiner Schwester zum Erben eingesetzte Sohn neben den übrigen Legaten allein bezahlen soll: si quid evenerit aeris alieni, si quod in tempus pro mutuo (promutuum?) acceperam et debuero. Der Testator nennt es also ein auf Zeit pro mutuo Empfangenes und fügt et debuero hinzu, weil es ja bei seinem Ableben schon durch Compensation oder sonstwie getilgt sein könnte. Anderwärts (L. 40. §. 5. D. de statulib. 40, 7) kommt bei demselben Juristen das Leisten eines Promutuum unter den verantwortlichen Handlungen eines servus actor vor, der unter der Bedingung, si rationem omnem actus sui reddiderit, im Testament freigelassen ist: quod neque a conductoribus praediorum neque a vilicis pensiones exegerit et insuper etiam promutuum eis dederit, d. h. einen Vorschuß, der, mit den Mieth- oder Pachtgeldern zurückzuzahlen, sie in Stand setzen sollte, durch Verwendung in die Wirthschaft ihren Pflichten besser nachzukommen, so daß hier selbst die Beziehung auf eine Compensation mit einer zukünftigen Forderung der Empfänger fallen gelassen ist und eigentlich nur ein gewöhnliches Mutuum mit Rücksicht auf andere Zahlungen vorliegt. Auch Ulpian gedenkt dessen (L. 15. §. 6 D. loc. 19, 2) aus einem Rescript von Caracalla, nach welchem der kaiserliche Procurator von dem Schiffer, der nach Verlust seines Schiffes, weshalb er gar nicht gefahren war, das ihm vorgeschossene Fahrgeld mit Recht einklage: vecturam, quam pro mutua (promutuam?)

---

aus. Daher allgemein Cic. Tusc. 1, 39. At ea (natura) quidem dedit usuram vitae tanquam pecuniae, nulla praestituta die. Quid est igitur, quod querare, si repetit, cum vult, ea enim condicione acceperas. Auch Ulpians mox recepturi in L. 1 D. h. t. und das quandoque ..... nobis reddantur in pr. I. h. t. enthält eine nur von dem Willen des zurückverlangenden Gebers bestimmte Zukunft.

[1] Neuere Juristen haben ihn selbst für dem Mutuum ähnliche Geschäfte z. B. den quasi ususfructus gebraucht.

[2] In einem Rechtsfall behandelt bei Striethorst Archiv XXV. S. 37.

Digitized by Google

acceperat . . non immerito repetere. Hier heißt zwar die vectura selbst promutua, weil das empfangene Darlehn nach seinem Gegenstande gleichsam nur das anticipierte Fahrgeld war; gedacht ist aber ohne Zweifel nicht an eine Klage aus dem Verladungscontract, sondern aus dem Mutuum, dessen Fälligkeit mit dem Verlust des Schiffes, der die Anrechnung auf das Fahrgeld unmöglich machte, eingetreten war. So bezeichnet auch schon Cäsar de bello civ. 3, 32 im Fall eines solchen von Staats wegen Vectigalpächtern zwangsweise aufgegebenen Vorschusses zukünftig fälliger Pachtgelder diese abwechselnd mit pecunia mutua praecepta und vectigal promutuum [1]), und es ist nicht richtig, wenn Manche wohl aus dem pro-, welches doch nur, wie in unserem vor-schießen, eine zeitliche Bedeutung hat, in der es sogar, auf die von dem Mutuum zu machende Verwendung bezogen, von jedem Darlehn gebraucht werden kann, entnommen haben, daß das promutuum etwas bezeichne, was nicht wirklich Darlehn sei und nur mit einer utilis actio zurückgefordert werden könne [2]).

Die vom Gläubiger gegen entsprechende Zinsen oder andere Vortheile für den Fall des Mißlingens eines Unternehmens, wofür der Schuldner geborgt hat, übernommene Gefahr des Capitals (fenus nauticum, pecunia traiectitia) hebt auch den Begriff des Mutuum nicht auf (L. 122. §. 1 D. de verb. obl. (45, 1). L. 6 D. de naut. fen. (22, 2). L. 4. C. eod. 4, 33), da doch auch hier dem Bedürftigen das Geld zur Verwendung und an sich mit sofortiger Obligation auf dieselbe Quantität, nur auch auf eine bestimmte Zeit, welche jenes Unternehmen, falls es zu Stande kommt, erfordert, gegeben wird. Allerdings bringt aber die hier vom Gläubiger bedingt gegen einen besondern Vortheil übernommene Gefahr des Capitals ein Interesse mit eigenthümlichen Wirkungen in das Geschäft, welches ihm zugleich einen vom gewöhnlichen Mutuum abweichenden Charakter verleiht, wovon später.

---

[1]) Schon 3, 31 hat er erzählt, daß sein Gegner Scipio, nachdem er von den Publicanen seiner Provinz Syrien die für zwei Jahre fällige Vectigalpachtsumme (debitam biennii pecuniam) beigetrieben, ab eisdem insequentis anni mutuam praeceperat. Darauf sagt er von denselben Pompejanern c. 32 nach ihrem Uebergange in die Provinz Asien, sie hätten von den dortigen Römischen Bürgern nach Gerichts- und Stadtbezirken bestimmte Geldsummen, angeblich nach einem Senatusconsult als Zwangsanleihe genommen (mutuasque illas ex senatus consulto exigi dictitabant), von den Publicanen aber ebenso, wie sie es in Syrien gemacht (man muß nothwendig uti in Syria (statt in sorte) fecerant lesen), insequentis anni vectigal promutuum (als Vorschuß), so daß auch hier, wie in der Stelle des Ulpian vectura, das vectigal selbst als promutuum bezeichnet wird. Aehnliche Zwangsanleihen der Spanischen Provincialen an ihren Proprätor Cassius Longinus erwähnt übrigens auch Hirt. de bell. Alex. 49, welche Stelle Heimbach Creditum S. 320 nicht richtig erklärt.

[2]) Eine verdienstliche litterargeschichtliche Untersuchung über das Promutuum mit im Ganzen richtiger eigener Erklärung s. bei Heimbach Creditum S. 214—222.

Digitized by Google

III.

Das Erforderniß verbrauchbarer und vertretbarer Sachen.

Als Vermögensgeschäft durch eigentliches Creditum läßt sich das Mutuum, wie gezeigt, nur in wäg-, zähl- oder meßbaren Sachen denken[1]), insofern diese allein zugleich solche sind, welche zum Verbrauch und zur quantitativ gleichen Wiedererstattung nur in derselben Art, obgleich in andern Individuen, hingegeben werden. Daß alle Sachen jener Art immer auch Gegenstand des Mutuum seien, ist also keineswegs gesagt: wie denn z. B. Land ohne Zweifel zu den meßbaren Sachen gehört und so auch Gegenstand des Kaufs sein kann (L. 40. §. 2 D. de contr. empt. 18, 1), aber als unbewegliche, im Ganzen auch unzerstörbare und ganz überwiegend nur in den einzelnen Stücken für den Menschen specifisch werthvolle Sache eben wegen dieser Eigenschaften schwerlich jemals als verbrauch- und vertretbare in jener Art und darum auch nicht zum Mutuum gegeben werden kann. Eben deshalb liegt aber die Frage wohl nahe, warum die Römischen Juristen die Darlehnssachen nicht mit dem bekannten technischen Namen res quae usu consumuntur (oder tolluntur) vel minuuntur oder quae in abusu sunt, continentur, consistunt bezeichnet haben, wie er bekanntlich beim quasi usufructus im Gegensatz zum wirklichen gebraucht wird (Tit. et L. 1. L. 5. §§. 1. 2. L. 7 D. de usufr. ear. rer. (7, 5) §. 3 I. de usufr. (2, 4). Cic. Top. 3, 17 mit Boeth. Man könnte daraus selbst eine Instanz gegen die Richtigkeit unserer Ableitung des creditum zur Bezeichnung der innern Natur unseres Contracts als Verbrauchsdarlehn hernehmen wollen. In der Lehre vom Nießbrauch selbst versteht man allgemein auch jetzt noch[2]) unter dem consumuntur (tolluntur) völlige, unter dem minuuntur theilweise körperliche Vernichtung, ohne welche der Gebrauch gewisser Sachen nicht geschehen kann. Gegen diese Deutung spricht aber theils die Armseligkeit, ja das Nichtssagende der Hervorhebung dieses Unterschiedes, da es sich doch von selbst versteht, daß wenn z. B. ein Haufe Korn ganz, er auch nach und nach und zum Theil verzehrt werden kann, wo das jedesmal Verzehrte nur ein kleineres Ganze ist, theils wenn man dem ausweichen wollte, das höchst Mißverständliche des Ausdrucks, da auch der Gebrauch unverzehrbarer Sachen ohne eine körperliche Verminderung nicht geschieht (wie Ovid sagt ex Ponto 4, 5 .... con-

[1]) Das handschriftliche in meiner Ausgabe erklärte und weggelassene fere bei Gai. 3. 90 proprie in his fere rebus contingit. quae pondere numero mensura constant hat man vergeblich durch künstliche Beziehungen zu halten gesucht (z. B. Schilling Instit. III. §. 265 Note p), die schon mit dem Charakter eines Institutionencompendium zumal des Gaius unverträglich sind. Das proprie soll aber auch nicht besagen, daß es etwa auch ein in dieser Hinsicht uneigentliches Darlehn, also in andern Sachen, gebe, sondern daß das Bestehen des Darlehns in den oben gedachten Sachen eine charakteristische Eigenthümlichkeit desselben im Gegensatz zu andern Realcontracten sei.

[2]) Ich habe mich schon vor 50 Jahren dagegen erklärt in dem anonymen Breslauer akademischen Rectoratsprogramm von 1830: Ususfructus pecuniae an non utendo per statutum tempus pereat. disquisitio p. 11, was aber, bei derartigen Schriften sehr erklärlich, so gut wie keine Beachtung gefunden hat.

Digitized by Google

sumitur annulus usu Et teritur pressa vomer aduncus humo). Außerdem würde bei dieser Deutung ein wirklich bedeutender Unterschied in der Art des Verbrauchs, daß er nehmlich auch bei körperlicher Unversehrtheit als juristischer Verbrauch durch Aufhebung des Eigenthums, namentlich durch Veräußerung oder ununterscheidbare Vermengung mit andern Individuen derselben Art geschehen kann, in dem Ausdruck nicht begriffen sein. Daß aber dieser Unterschied von den Römern bei ihrer eine Definition dieser Sachen vertretenden Benennung derselben unbeachtet geblieben wäre, ist um so unglaublicher, als sehr wichtige verbrauchbare Sachen, nehmlich das gewöhnliche Geld (pecunia numerata) regelmäßig nur in dieser Weise verbraucht werden und die Institutionenstelle gerade diese Art von res quae usu consumuntur vel minuuntur neben den körperlich verzehrbaren besonders hervorhebt [1]). Da nun minui (deminui) von Sachen ganz gewöhnlich in dem Sinne von Veräußern oder sonstigem Verlorengehen dieser Sachen selbst aus dem Vermögen, welches eigentlich dadurch eine Verminderung erleidet, gebraucht wird [2]), so haben wir wohl unbedenklich den Ausdruck auch in dieser Anwendung darauf zu beziehen.

Gegen unsere Ableitung des creditum im Sinne von „Verbrauchdarlehn" streitet nun aber die Nichterwähnung der res quae usu consumuntur vel minuuntur oder quae in abusu sunt in der Lehre vom Darlehn so wenig, daß erstere dadurch vielmehr bestätigt wird. Dieser Name bezeichnet nehmlich diese Sachen nach ihrer rein objectiven außercontractlichen und folglich dinglichen Natur, welche allein in der Lehre vom Eigenthum und Nießbrauch in Betracht kommt. Der Verbrauch ist da der so eben näher bestimmte thatsächliche der individuellen Sachen. Hier — bei dem cre- in Verbindung mit dare zwecks der Begründung der Darlehnsobligation — steht dieser Verbrauch ganz außer Frage, indem, wie wir oben entwickelt haben, vielmehr die Verbrauchsmacht gemeint ist und mit jenem Worte ausgedrückt wird, die darin liegt, daß die Sachen mit der Hingabe zu beliebigem Gebrauch im Vermögen aufgehen und so obligatorisch, mithin für das Interesse des Gläubigers, als individuelle aufhören zu existieren, mag der Empfänger sie im andern Sinne verbrauchen oder nicht. Ihre Bezeichnung als res quae usu c. v. m. würde also hier ganz verkehrt und irre führend gewesen sein: nur als solche, welche in genere

---

[1]) . . . quo numero sunt vinum oleum frumentum vestimenta. quibus proxima est pecunia numerata: namque in ipso usu (zu lesen et ipsa usu vgl. meine Ausg. der Justin. Institutionen p. 48) adsidua permutatione quodammodo exstinguitur. Unter dieser permutatio ist nicht blos das Ausgeben gegen einen andern Vortheil, sondern die ihre Individualität gleichsam aufhebende Verwechselung der Geldstücke, vermöge ihrer generischen Gleichgeltung unter einander nach der bloßen Quantität und ihre darauf beruhende Gebrauchsbehandlung in der Casse wie im Verkehr zu verstehen.

[2]) Dirksen man. Lat. unter deminuere §. 2, minuere §. 2. Die Uebertragung des Begriffs vom Vermögen auf die Sache selbst ist ganz dieselbe wie in capitis deminutio oder minutio, die ebenso, was eigentlich auch nur eine Verminderung der Zahl der Freien, Bürger oder Familienglieder um dieses völlig aus ihr herausgenommene caput ist, auf das caput selbst überträgt. Freilich mißversteht eine sehr verbreitete Ansicht auch die Natur der capitis deminutio, als bestände sie nicht nach unseren Quellen in einer status mutatio, sondern in einer Verminderung des Rechts und Werths der (doch untheilbaren) Persönlichkeit, wogegen sich §. 5. I. de cap. dem. (1, 18) verwahrt.

Digitized by Google

quam in specie functionem per solutionem recipiunt (L. 2. §. 1 D. h. t.), konnten sie richtig bezeichnet werden.

Aus der richtigen Auffassung des Mutuum folgt aber, daß auch an sich vertretbare, in obligatorischer Absicht hingegebene Sachen ein solches nicht schlechthin begründen. Würden sie nicht als verbrauchbar im Vermögen aufgehend, sondern so hingegeben, daß das Eigenthum an den empfangenen Geldstücken selbst zurückgegeben werden sollte, so entstände damit auch kein Darlehn[1]) und ginge in Ermangelung einer andern iusta causa durch die Tradition auch kein Eigenthum an den Geldstücken über. Dieses ist wenigstens folgeweise auch der Sinn der Worte Ulpians am Ende der

> L. 55. D. de solut. (46, 3). Qui sic solvit, ut reciperet, non liberatur, quemadmodum non alienantur nummi, qui sic dantur, ut recipiantur,

welche man gewöhnlich, aber jedenfalls irrig, in der einst berühmten Streitfrage gegen Salmasius[2]) auf commodierte Geldstücke bezieht (Glück Pand. XII. S. 31[3]). Denn wie (non) alienari, so geht doch auch nachher dare und recipere zumal bei Geld und in solcher Zusammenstellung mit der solutio, die zu ihrer Gültigkeit auch ein Geben zu Eigenthum und zwar, wie das Mutuum, zu beständiger Vermögensvermehrung voraussetzt (vgl. L. 61. 67. 20. 27 D. de solut. 46, 3), auf beabsichtigtes Eigenthumsübertragungsgeschäft, sei es, wie hier, um zu erfüllen, oder um zu schenken, oder zur Begründung einer Obligation, also vor Allem ex causa mutui dandi. Wenn nun Ulpian hier keine Alienation der so gegebenen Geldstücke, daß eben dieselben zurückgegeben werden sollten, wie keine Liberation durch die ebenso zur Erfüllung gegebenen eintreten läßt, beides, wie es scheint, doch aus gleichem Grunde, so kann dieses nur darauf beruhen, daß nach seiner uns ander-

---

[1]) Das will denn also auch die Forderung bedungener Rückgabe in andern Sachen derselben Art als dem Mutuum wesentlich bei Paulus in L. 2 pr. D. h. t. Gai. 3, 90. Theoph. 3, 14 pr. besagen. Sie ist einerseits nicht so gemeint, daß bei einem gültigen Mutuum nicht auch die empfangenen Stücke selbst als generische zurückgegeben werden dürften, andererseits aber auch so, daß Ausbedingung der empfangenen in specie die Gültigkeit des Contracts als Mutuum vernichten würde.

[2]) Dieser behauptete, der Darlehnsempfänger werde zwar durch die Hingabe der Geldstücke Eigenthümer derselben, es läge aber darin doch keine Veräußerung, weil er dem Hingeber zugleich auf die Rückgabe von eben so viel verpflichtet werde. Allerdings ein Widerspruch oder eine ganz willkürliche Deutung des Worts alienatio oder Veräußerung.

[3]) Noch abwegiger ist aber die Erklärung Unterholzners, Schuldverhältnisse II. S. 11, der (ähnlich wie Salmasius) ohne alle Berücksichtigung der Worte und des Zusammenhanges Ulpian sagen läßt, das Mutuum setze voraus, daß der Geber das Hingegebene nicht verlieren, sondern obgleich er die Species veräußere, sich doch die Quantität im Genus erhalten wolle. Das Richtige deutet kurz Schilling Instit. III. §. 266. Note a) an und auch wohl Heimbach, Creditum S. 164, der nur das non alienantur nummi auf die zum Zweck der eben erwähnten Befreiung gegebenen Geldstücke beschränkt. Dieses liegt scheinbar selbst noch näher als unsere von vornherein alle ähnlichen Geschäfte als gemeint umfassende Erklärung und gibt auch einen richtigen Sinn, wenn daraus nur gefolgert oder doch zugegeben wird, daß auch, wenn zum Darlehn so gegeben wäre, keine Veräußerung und daher auch kein Darlehn Statt finden würde. Den Grund dafür gibt aber auch Heimbach nicht an.

Digitized by Google

weitig bekannten richtigen Lehre ein abstracter Wille zur Eigenthumsübertragung durch Tradition, d. h. ohne eine gültige causa, nicht ausreicht [1]), und er hier die Gültigkeit der concreten causa der Liberation, der Schenkung oder des Mutuum wegen jenes sie wieder aufhebenden Zusatzes (ut recipiantur) ebenso, wie im Falle des Dissenses der Parteien über die causa traditionis, wovon er in L. 18 pr. D. h. t. handelt, nicht anerkannte. Wer so gegeben hat, könnte also doch vindicieren. Die Stelle bestätigt so die Richtigkeit der in diesem Sinne von mir gegebenen Erklärung der L. 18 pr. cit. [1]).

Nach anderer Seite dient zur Bestätigung unserer Erklärung der L. 55 cit. die Auseinandersetzung Julians in L. 20 D. h. t., wonach er in dem Falle, daß Jemand dem Andern Geld mit der Auflage, eben dieselben Geldstücke ihm als Darlehn zu geben, schenkt, behauptet, es gelte da, die Worte genau genommen und eigentlich gebraucht, weder Schenkung noch Darlehn. Es sei das nehmlich keine Schenkung, weil das Geld nicht mit der Absicht gegeben sei, ut omnimodo penes accipientem maneret, was die Absicht der liberalen Vermögensbereicherung erfordert; aber auch, wenn der Empfänger so zurückgibt, nicht pecunia credita, weil es von ihm mehr um von einer Verpflichtung zu befreien (exsolvendi causa), welcher nehmlich die ihm wohl ins Eigenthum, aber nicht ins Vermögen hingegebenen Geldstücke selbst gleichsam wie eine fiduciae causa gegebene Sache als Individuen und eigene des Rückempfängers unterlägen, als um diesen zu obligieren, gegeben werde (also nicht eigentlich frei und voll aus des Beschenkten Vermögen, indem es ja dem Rückempfänger schon individuell verpflichtet war und ihm zukam). Ließ Julian selbst schon zufolge der Schlußworte, die aber Manche (wie mir scheint, ohne Grund) für ein Emblem halten, beide Geschäfte nach einer benignior interpretatio gelten, die wenigstens später (L. 33. §. 1 D. de donat. 39, 5) außer

---

[1]) Archiv für civ. Pr. LXII. S. 321 ff. Die gleichzeitig erschienene Erklärung dieser Stelle in Zitelmann Irrthum u. Rechtsgeschäft S. 532 ff., welche wieder eine Vereinigung Ulpians mit der widersprechenden Ansicht Julians in L. 36 D. de acq. rer. dom. (41, 1) im Sinne der letzteren herstellen will, scheint mir, auch nur die L. 18 pr. cit. für sich angesehen, durchaus unhaltbar. Sie geht darauf hinaus, in den Worten et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit hinter nec mutuam esse stark zu interpungieren und das Folgende auf einen ganz neuen Fall zu beziehn, dem Sinne nach den, daß der Empfänger in der Meinung nicht Eigenthum, sondern z. B. commodiert zu erhalten empfange. Auf dieses Verständniß ist allerdings bisher noch keiner der vielen Ausleger verfallen, die wohl alle in cum (mit dem Conjunctiv = da) alia etc. sprachgemäß nur eine Begründung des Vorhergegangenen sehen (allerdings ist dieses auch nach meiner Erklärung zunächst nummos accipientis non fieri, entfernter aber auch nec mutuam esse, statt dessen Ulpian hier nummos setzt, weil es sich da um Eigenthum handelt, worin nur Geldstücke stehen, nicht das generische Geld). Aber was berechtigt uns, Ulpian, der hier von dem von Julian gesetzten Falle der alia opinio (Schenkung beim Geber, Darlehn beim Empfänger) handeln will (sed-videndum), die Hineinziehung eines ganz andern Falles, den er — kein Liebhaber unklarer Vermengung und des Pleonasmus — erst in §. 1 behandelt, unterzuschieben? Was gar, ihm Schuld geben zu müssen, daß er, der Meister des Styls, statt des bei allgemeiner Setzung eines Falles nothwendigen si (wie ibid. princ. init., §. 1 init.) sprachwidrig cum gesetzt habe? Auch das quantitative magis, welches das Festhalten desselben generischen Falles erfordert, hätte er bei Hineinziehung eines generisch andern logisch falsch gebraucht.

Digitized by Google

Zweifel stand, so konnte dieses nur mittels einer leisen, in der Sache nichts ändernden, der Absicht entsprechenden, eben deshalb aber im Interesse der Parteien besonders beim Gelde als absolut generischer Sache zulässigen, ja nothwendigen Umdeutung der Worte in einen correcteren Ausdruck geschehen, als hätten sie nehmlich juristisch richtig gesagt: ut tu mihi eandem summam etsi iisdem nummis crederes; denn dann waren die geschenkten Geldstücke dauernd in das Vermögen des Andern übergegangen und konnten ebendeshalb auch aus diesem wie irgend welche andere zum Darlehn gegeben werden[1]).

Umgekehrt darf auch das von uns behauptete, im cre-dere liegende generische Aufgehn der vertretbaren Sachen im Vermögen nicht so gedeutet werden, daß es eine Festhaltung der gegebenen Species als solcher auch über das per solutionem in genere functionem recipere hinaus in andern Beziehungen ausschlösse. Damit würden viele Erscheinungen auf dem Gebiet des Mutuum unverträglich sein. Schon theoretisch setzt die Regel, daß bei ihm der Schuldner die Gefahr trägt, eine solche Festhaltung voraus; denn der Untergang, an den dabei gedacht wird, kann nur die schon gegebenen Species treffen. Wichtiger sind mehrfache andere Beziehungen, die später vorkommen werden, weshalb hier nur vorläufig zur Verständlichmachung der Sache erwähnt werden mag, daß die Parteien gar wohl z. B. beim Darlehn an einen Haussohn beabsichtigen können, daß die gegebenen Geldstücke in das Vermögen des Vaters verwandt, beim Schiffdarlehn, daß das empfangene Geld auf einem Schiffe mit Tragung der Gefahr Seitens des Gläubigers versandt werden soll: welches beides wichtige praktische Folgen übrigens unbeschadet der Natur des Darlehns hat.

Als vertretbar lassen sich zwar auch operae nach Art und Zahl denken. Aber weil sie keine Sachen sind, die im Eigenthum und Vermögen stehen und somit bei ihnen keine Verwandlung von Eigenthum in eine stricte Obligation denkbar ist, würde auch die Leistung derselben mit der Verpflichtung des Andern zur Leistung derselben Art und Zahl kein Darlehn, sondern nur einen unbenannten Contract mit actio praescriptis verbis begründen; der dabei gebrauchte Ausdruck mutuum (in vice mutua, mutuum officium) steht nur im allgemeinen nicht technischen Sinne. L. 25 vgl. L. 4. §. 5 D. de praescr. verb. (19, 5).

---

[1]) Eine verwandte Stelle ist L. 67 D. de solut. (46, 3) von Marcellus, worin er die Ansicht des Servius gegen eine Bezweifelung derselben von anderer Seite billigt, daß nehmlich ein Gläubiger seinen Geldschuldner z. B. von 100 Denaren durch solutio in der Art liberieren könne, daß er von ihm erst nur 10 empfängt, ihm eben diese zurückgibt (man verstehe: als Geschenk) und dasselbe so oft wiederholt, daß er nur die zum zehnten Mal gegebenen 10 behält. Die, welche dieses bestritten, und in diesem Geschäft vielmehr einen Vergleich sahen (Nachlaß von 90 gegen sofortige Zahlung von 10), beriefen sich darauf, quod non possit videri is, qui ita accepit, ut ei, a quo accepit, retro reddat, solvisse potius quam decessisse — so die letzten beiden Worte nach der Flor. (schlechtere H.Schr. quam dedisse, beides gleich verkehrt, was aber auch das blos wiewohl sonst richtig corrigierte decidisse statt decessisse des Contius bleibt). Mir scheint nehmlich offenbar gelesen werden zu müssen (auch gegen Mommsens Ansicht) solvisse, potiusq(ue) eum decidisse. Mit Recht mißbilligt Marcellus diese Meinung: die Parteien wollten ja nicht einen Vergleich, sondern Erfüllung, die mit irgend welchem, wenn auch vom Gläubiger geschenktem eigenen Gelde des Schuldners und auch nach und nach pro parte gültig geschehen kann.

Digitized by Google

Unter den vertretbaren Sachen nimmt das Geld, namentlich die pecunia numerata der späteren Culturzeit eine ausgezeichnete Stelle ein, weil es selbst gleichsam unmittelbar Vermögenssache ist, nehmlich der bloße körperliche Ausdruck des Werths aller Sachen für das Vermögen, in wie fern sie durch Veräußerung daraus umgesetzt oder dazu abgeschätzt werden können, ohne daß den Geldkörpern als solchen im Uebrigen eine individuelle Brauchbarkeit zukommt. Mit dem Aufkommen des Geldes erhalten daher auch alle veräußerlichen Sachen als solche Geldwerth und heißt das in ihnen bestehende Vermögen selbst auch pecunia. Auch für das Mutuum ist diese Eigenthümlichkeit des Geldes mehrfach wichtig. Wir berücksichtigen hier zunächst, daß nach ihr ein Gelddarlehn vermöge Uebereinkunft der Parteien auch durch Hingabe aller andern Arten von körperlichen Sachen, wenn auch unvertretbarer, gemacht werden kann, wenn sie nehmlich ästimiert, d. h. zu einer vereinbarten Geldsumme abgeschätzt, die damit als dargeliehen angesehen werden soll, hingegeben werden. Denn auch da wird Eigenthum in eine stricte generische Obligation verwandelt und nur die Seite der Sachen, wonach sie Geldeswerth haben, für die Verpflichtung des Empfängers hervorgehoben, was für den Begriff des Darlehns genügt, da doch die hingegebene Sache als specifische obligatorisch gleichgültig ist und für das Interesse des Gebers im Vermögen des Empfängers wie eine diesem verkaufte zu beliebiger Verwendung untergeht. Nach Nov. 136 c. 3 pflegten besonders Argentarien Schmuck- und Goldsachen so mit einem τίμημα hinzugeben, was dort unbedenklich als Gelddarlehn behandelt wird. Wir finden ein solches aber auch schon in

> L. 8 C. si certum pet. (4, 2). Si pro mutua pecunia, quam a creditore poscebas, argentum vel iumenta vel alias species utriusque consensu aestimatas accepisti, dato auro pignori, licet ultra unam centesimam usuras stipulanti spopondisti, tamen sors, quae aestimatione partium placito definita est, et usurarum titulo legitima tantum recte petitur, nec quidquam tibi prodesse potest, quod minoris esse pretii pignus quod dedisti proponis, quominus huius quantitatis solutioni pareas.

Die Stelle spricht von einer bei beabsichtigtem Darlehn durch das accipere der Species, also re entstandenen Geldschuld mit sors und usurae, also auch, zumal unter diesem Titel der Rechtssammlung, von einer Gelddarlehnsschuld mit nur nicht gewöhnlicher Entstehungsart (pro mutua pecunia), indem nur bei den Zinsen von Stipulation die Rede ist. Auch beschränkt sie das Klagerecht des Gläubigers, der gemeint haben mochte, die Zinsgesetze litten hier, wo kein Geld hingegeben sei, keine Anwendung, auf das gewöhnliche Zinsmaximum. Obgleich nun ein Rescript erst von Diocletian und Maximilian, enthält sie doch ohne Zweifel schon altes Recht, da pecunia schon von jeher, wie namentlich in dem familia pecuniaque der 12 Tafeln und der Formel des familiae emptor, auch in der oben angeführten Lex Cornelia (Gai. 3, 124), auf Sachen überhaupt nach der Seite ihrer Veräußerlichkeit bezogen war, und kein Grund ersichtlich ist, warum eine aestimatio, auch abgesehen von dem arbiter litis aestimandae der Legisactionen, nicht ebenso wohl bei der mutui, wie bei der dotis datio, wo sie wenigstens Labeo schon kennt (z. B. L. 32 pr. D. de pact. dot. (23, 4). L. 66. §. 3 D. de sol. matr. 24, 3), nach weiterer Entwickelung des Verkehrs und des juristischen Denkens, welches die litis aestimatio

Digitized by Google

durch den vereinbarten arbiter auf die eigene Vereinbarung der Aestimation im Privatverkehr übertrug, schon frühzeitig vorgekommen sein sollte. Wie bei der dotis aestimatio enthält aber eine Hingabe mit solcher Abrede und zwar nicht vermöge einer besondern Construction [1]) zur Erreichung gewisser praktischer Zwecke, sondern ihrer Natur nach und nach gewöhnlichem Recht als consentierte Hingabe für Geld einen Verkauf an den Empfänger, der hier nur wegen und im Dienst eines Mutuum, wie dort wegen der Dos, zur mutui datio hinzugefügt wird. L. 10 C. de iure dot. (5, 12). L. 16 D. eod. (23, 3). Wie sie also einerseits und selbständig ein Gelddarlehn hervorbringt, sogleich, wenn Eigenthum übertragen wurde, sonst erst von der Usucapion oder von dem redlichen Verkauf ohne Gewähr an, so hat andererseits im Uebrigen der in ihr liegende Verkauf auch dieselben Wirkungen, z. B. wegen der Gewährleistung, der Gefahr und des iustum pretium, wie bei der dos aestimata (vgl. Czyhlarz a. a. O.), nur daß hier wegfällt, was die Römischen Juristen bei dieser aus der bonae fidei-Natur der Dotalklage mit Recht folgern. Ganz verschieden ist also auch dieser Fall von dem oft mit ihm verwechselten, wo principal eine Sache verkauft wird mit der Nebenabrede, daß der Käufer das Pretium anstatt Gelddarlehns (in vicem mutui) behalten möge (L. 3. §. 3 fin. D. de SC. Maced. (14, 6), vgl. L. 3 C. eod. 4, 28), wovon später die Rede sein wird.

Uebrigens kann — was wohl an dieser Stelle am schicklichsten bemerkt wird — auch umgekehrt die Darlehnshingabe im Dienst eines andern Geschäfts als bloßes damit modificiertes Nebengeschäft vorkommen, so daß dann blos aus dem ersteren eine Klage entspringt. So bei der Dienstmiethe, wenn der Stoff, an oder mit dem eine Dienstleistung vorgenommen werden soll, dem Leistenden nach Quantität und Qualität als verbrauchbar ins Eigenthum hingegeben wird, so daß er nur dieselbe generische Quantität in der bedungenen Weise verarbeitet zurückzugeben schuldig wird, was L. 31 pr. D. loc. (19, 2) als ein in creditum ire bezeichnet, oder bei einer Pacht, wenn Inventarstücke dem Pächter mit einer Aestimation überlassen werden, falls dieses nicht blos wegen des Tragens der Gefahr und auch nicht als selbständiger Verkauf geschieht (L. 3. L. 54. §. 2 D. loc. 19, 2). Wenn endlich ein Darlehn vorher oder gleich nachher stipuliert wird, so ist schon bemerkt (S. 6), daß ebenfalls nur Ein Contract und zwar bei gültiger Stipulation ein Verbalcontract entsteht.

Gehn wir zurück zu dem in einer ästimierten Sache gegebenen Gelddarlehn, so würden nach dem Gesagten bei uns auch geldeswerthe Inhaberpapiere auf doppelte Weise zum Darlehn gegeben werden können, als solche zur Zurückgabe in derselben Art und mit einer Aestimation zum Gelddarlehen [2]). Das Preußische Landrecht läßt als eigentliches Darlehn nur die erstere Art zu (I. 11. §. 653).

Aus dem Erforderniß vertretbarer Sachen für das Mutuum im Gegensatz zu den übrigen realen Sachcontracten scheint zu folgen, daß solche Sachen nur bei ihm Grund und Gegenstand eines Realcontractes sein können. Aber sind sie das nicht in der That auch beim s. g. depositum irregulare? Haben doch Manche sogar allen Unterschied zwischen diesem Depositum und dem Mutuum geläugnet

[1]) Nach der Ansicht von Czyhlarz Röm. Dotalrecht S. 160.

[2]) Litteratur darüber bei Holzschuher Theorie u. Cas. des Civilr. III. S. 448.

Digitized by Google

(vgl. die Citate bei Vangerow Pand. §. 630. Windscheid Pand. §. 379). Wenigstens wird es wegen der nahen Verwandtschaft dieser beiden Contracte für den Begriff des Mutuum wichtig sein, die Bedeutung der vertretbaren Sachen für den einen und andern Contract sich klar zu machen.

Wenn Jemand an sich vertret- und verbrauchbare Sachen z. B. Geldstücke einem Andern nicht wegen des Bedürfnisses derselben auf dessen Seite, sondern in seinem eigenen Interesse zu besserer Sicherung derselben zwar als vertretbar wiederzuerstattende (tantundem, non idem L. 24 D. depos. (16, 3). L. 31 D. loc. 19, 2) und darum in das Eigenthum und Vermögen mit Uebergang der Gefahr auf den Empfänger hingibt, welche Absicht schon an sich die bloße Hinzählung der Quantität, wie beim Mutuum, ausdrückt (L. 31 D. cit.), so überschreitet das Geschäft in seinen Wirkungen zwar auf Seiten des Empfängers die gewöhnlichen Grenzen des Depositum als bloßen Sachcontracts insoweit, als er für kein zurückzugebendes sächliches Individuum des fremden Vermögens verantwortlich wird und es liegt dann insoweit auch ein creditum vor (L. 31 cit.). Die Realcontracte erhalten jedoch ihre besondere Natur durch die bei der Eingehung ausgedrückte Absicht (lex dicta) des Hingebers, und geht diese nun doch, wie wir voraussetzten, darauf, daß die Sachen nicht auch schon von ihm als verbrauchbare aus seinem Vermögen einem des Verbrauchs Bedürftigen, sondern als bei ihm weniger gesicherte, mithin specifische und daher doch nur als Sachen, die für ihn auch beim Empfänger nach dessen bona fides sicherer sein sollen, gegeben werden, so kommt doch kein Mutuum, wohl aber noch ein Depositum zu Stande, dessen Sicherungszweck durch die bedungene generische Rückgabe ja noch mehr gefördert wird und wobei die nach bona fides übernommene Verantwortlichkeit (omnia ad praescriptum praestaturum L. 26. §. 1 D. depos. 16, 3) sich nur dahin modificiert, daß der Empfänger die die Rückgabe ermöglichende Quantität in denselben oder andern Stücken bei sich bereit zu halten (apud, penes se esse L. 24. 28 D. eod. L. 20 D. de inst. act. (14, 3). L. 28. §. 8 D. de liber. leg. (34, 3). L. 15. §. 11 D. de re iud. 42, 1), sie aber auch immer noch ungeachtet der übernommenen Gefahr insofern als fremde zu betrachten hat, als er von vornherein durch Pactum, mit Rücksicht auf den ihm ermöglichten Verbrauch, gültig Zinsen versprechen kann, oder wenn er solche dadurch erhoben, deshalb, oder wenn er wegen des Verbrauchs nicht zurückgeben kann, aus diesem Grunde (also wegen Verzugs) Zinsen entrichten muß. L. 24. 25. §. 1. L. 26. §. 1. L. 28. 29. §. 1 D. depos. (16, 3). L. 2 C. eod. (4, 34). Solche irreguläre Depositen sind nun auch immer — was man gewöhnlich nicht beachtet und in Folge dessen mit Vermengung beider Arten von Depositen und unter dem Einfluß anderer Ungenauigkeiten der Interpretation sogar einen Selbstwiderspruch Ulpians in L. 24. §. 2 D. de reb. auct. iud. (42, 5) und L. 7. §. 2 D. depos. (16, 3) annimmt oder auf willkürliche Weise zu lösen sucht (vgl. darüber die Citate bei Brinz Pand. I. §. 121. Vangerow Pand. §. 594 letzte Anm.)[1] — die von Geldsummen (pecuniae), welche einem öffentlichen Argentarius ad mensam, am Zähltisch (im Gegensatz zu extra mensam L. 28. §. 9 D. de lib. leg. (34, 3),

[1] Außerdem auch Heimbach Creditum S. 439 ff. Die neueste Abh. über das s. g. Concursprivilegium der Deponenten im Concurse von Fuchs im Archiv f. civ. Pr. LXII. S. 183 beschäftigt sich nicht mit der vermeintlichen Antinomie.

Digitized by Google

auch wohl zu tacita summa L. 47. §. 1 D. de pact. (2, 14), wie die Nichterwähnung einer Zahl und von Zinsen bei diesen aurei zu bestätigen scheint) also mit Hinzählung übermacht werden [1]). Sie haben kein Privilegium im Concurse, werden aber doch wegen des Vertrauens, welches man einem öffentlichen Argentarius wegen beständiger Bereithaltung des zurückzufordernden Geldes schenken durfte, hinter den Privilegien noch vor den übrigen Chirographarien befriedigt. L. 24. §. 2 cit. Im Falle eines gewöhnlichen Gelddepositum (depositis nummis) dagegen auch bei einem Argentarius, falls es nicht hinterdrein in ein verzinsliches Darlehn verwandelt ist, wo, weil damit auf das Depositum verzichtet ist (L. 7. §. 2 D. cit. L. 9. §. 9. L. 10 D. de reb. cred. 12, 1), der ursprüngliche Deponent keinen Vorzug vor den übrigen Gläubigern genießt (aliud est enim credere, aliud deponere), können die Deponenten (gewöhnlich depositarii genannt) die noch vorhandenen Geldstücke (vom curator bonorum) vindicieren (L. 24. §. 2 cit. vgl. L. 38 pr. D. de pecul. (15, 1). L. 8 C. depos. 4, 34), womit sie sie von selbst auch den privilegierten Gläubigern entziehen. Wäre dieses aber auch nicht geschehen und das Vermögen verkauft (si bona venierint), so werden sie, wenn sie bei Argentarien deponierten, mit Rücksicht auf das diesen zu erhaltende öffentliche Vertrauen doch auch vor den privilegierten Gläubigern und so daß nur nothwendige Verwendungen auf den Concurs (s. g. Massengläubiger) ihnen vorgehn, befriedigt, mehrere neben einander pro rata ihrer beim Cridar noch vorgefundenen Gelder, und zwar nicht blos aus diesen durch deren Ausscheidung für sie beim Vermögensverkauf, sondern auch nachdem das Vermögen mit diesen Geldern (vom Magister oder Curator) verkauft und ihr Geld consumiert ist, aus dem Erlöse des ganzen Vermögens, obgleich sie dann eigentlich nur noch Condictionen hätten. Dies der so vielfach verkannte deutliche Sinn von L. 7. §§. 2. 3. L. 8 cit. und L. 24 §. 2 cit.

Uebrigens hat sich nun gezeigt, daß wie die übrigen Realcontracte nach ihrem Zwecke specifische Sachen, auch wenn sie an sich vertretbare sein können, voraussetzen, dieses auch beim Depositum irregulare nach der bestimmenden Seite des Hingebers der Fall ist, wonach dem Mutuum sein Charakter als des einzigen rein vermögensrechtlichen Geschäfts unter ihnen auch nach dieser wichtigsten Seite gesichert bleibt.

---

[1]) Diese und mit ihr ein depositum irregulare ist also wegen Erwähnung der mensa auch in L. 20. D. de instit. act. (14, 3) und L. 3. C. eod. (4, 25) anzunehmen. Auch sonst überall kommt die argentarische mensa in Verbindung mit Geldzählen vor, z. B. Cic. pro Fl. 19, 44. in Pison. 36, 88. Horat. Sat. 2, 3, 148. Donat. ad Terent. Ad. 2, 4, 13. Für Geschäfte, welche dieses nicht erforderten, also auch Uebernahme von gewöhnlichen versiegelten Gelddepositen, werden die Argentarien auch ein anderes nicht so öffentliches Local gehabt haben, wahrscheinlich das Tablinum, woraus sich der Ausdruck tacita summa noch mehr erklärt.

Digitized by Google

IV.

Conſens und Hingabe als Erforderniſſe zur Begründung der Darlehnsobligation überhaupt.

Als Contract erfordert das Darlehn vor Allem wirklichen, d. h. nicht durch verborgene Unfähigkeit oder Irrthum der Contrahenten ausgeſchloſſenen Conſens über die ihm weſentlichen Stücke: daß ein beſtimmter Bedürftige einem beſtimmten Geber (Verſchaffer) aus ſeinem Vermögen kraft der Hingabe beſtimmter vertretbarer Sachen zum Verbrauch in deſſen Vermögen ſofort zur Rückgabe derſelben Art und Menge verpflichtet ſein ſolle — hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest L. 32 D. h. t. vgl. L. 55 D. de obl. et act. (44, 7). Daher ein Irrthum über den Zweck der Hingabe, z. B. ob zur Schenkung, Abtragung einer Schuld, Dotierung, Commodat, Depoſitum, während der Andere an Darlehn denkt (L. 18 pr. §. 1 D. h. t.), über das Genus der gegebenen und wiederzugebenden Sachen (vgl. L. 5 C. eod. 4, 2) und zwar die ſpecifiſche Art derſelben, indem der Eine z. B. Tokayer, der Andere eine andere Sorte Wein oder Wein überhaupt meinte (L. 3 D. h. t.), oder über die Perſon, mit der man als Gläubiger oder Schuldner aus dieſem Contract contrahiert, das Mutuum hindert. Wogegen nach bekannten allgemeinen Grundſätzen der Irrthum über die Quantität das Mutuum nur auf das beiderſeits Conſentierte beſchränken würde. Da bei dieſem Contract, wie wir ſpäter ſehen werden, der thatſächlich Hingebende oder Verſchaffende nicht immer der als Gläubiger Contrahierende iſt, ſondern das Mutuum auch durch die vom letzteren einem Andern aufgetragene Hingabe in ſeinem (des Mandanten) Namen geſchloſſen werden kann, ſo würde ein vernichtender Irrthum in der Perſon des Contrahenten auch darin liegen, daß der Empfänger das mit mehreren verſchiedenen Perſonen vorläufig beredete Mutuum als Namens einer andern Perſon gegeben zu empfangen glaubt, als in deren Namen es ihm wirklich gegeben wird — der Fall der berühmten L. 32 D. h. t.[1]). Eben ſo alſo z. B. auch, wenn ein ſolches z. B. in Tokayer beredetes Mutuum vom Beauftragten des Empfängers irrig in anderem Wein entgegengenommen wäre. Doch würde in allen ſolchen Fällen nach allgemeinen Grundſätzen dem, aus deſſen Vermögen in Folge des Irrthums der Andere grundlos bereichert iſt, eine condictio sine causa (ſ. g. Iuventiana wenigſtens im Falle der L. 32 D. h. t.) auf Rückgabe der empfangenen Qualität

[1]) Der neueſte Schriftſteller über dieſe Materie, Zitelmann Irrthum und Rechtsgeſchäft S. 55 ff. nennt den Grund des hier nicht zu Stande kommenden Mutuum Diſſens ſtatt Irrthums in der Perſon, was ſachlich keinen Unterſchied macht. Als Beiſpiel über den Irrthum in der Perſon des Empfängers führt man wohl L. 67 (66). §. 4 D. de furt. (47, 2) vgl. L. 52. §. 21 D. eod. an. Aber wer, wie hier, einem ihm Vorgeſtellten und für den, dem er wegen ſeiner Idoneität leihen wollte, fälſchlich oder irrig Ausgegebenen leiht, leiht doch wirklich und darum gültig dieſer Perſon, ſo daß hier nur ein Irrthum in den Motiven vorliegt. Vgl. L. 18. §. 3 D. de iniur. (47, 10), Zitelmann S. 560. Anders m. E., wenn ein von A mit B beredetes Darlehn irrig dem C gegeben wäre, als wäre dieſer der B. Hier würde kein Mutuum entſtehen.

Digitized by Google

und Quantität zuſtehen (L. 18. L. 32 D. h. t.), der nur dann eine doli exceptio entgegenſteht, wenn beim Irrthum in causa der Geber in liberaler Abſicht hingab, weil er dann doch die Bereicherung des Anderen wollte, die er ihm ohne Selbſtwiderſpruch nicht wieder abnehmen kann. Eine Convalescenz der Schenkung würde alſo doch im bloßen Gebrauch jener Einrede nicht liegen und daher auch auf die Größe der blos einſeitig beabſichtigten, aber als ſolche nichtig bleibenden Schenkung nichts ankommen. Selbſtverſtändlich ſchließt auch die furtive, das Darlehn nur ſimulierende Abſicht des Empfängers das Zuſtandekommen des vom Geber beabſichtigten Darlehns aus (vgl. L. 18 D. de cond. furt. (13, 1). L. 43 pr. D. de furt.) und eben ſo die Conſensunfähigkeit des Darleihers. Nur die condictio sine causa können auch Julian und Pomponius meinen, wenn ſie wegen des als Darlehn und folglich in obligatoriſcher Abſicht vom Andern empfangenen Geldes dem Furioſus eine condictio zuſchreiben, der zur Zeit ſeiner Hingabe oder des ſonſtigen Uebergangs in das Vermögen des Empfängers ſich in dieſem Zuſtande befand. L. 12 D. h. t. L. 24 pr. §§. 1. 2 D. de obl. et act. (44, 7).

Der Conſens muß nehmlich beim Mutuum auch in Einheit mit ſeiner realen Begründung als dem andern weſentlichen Stücke des Realcontracts vorhanden ſein, ſo daß wenn zur Zeit der Hingabe ins Vermögen einer von beiden durch Tod oder Wahnſinn conſensunfähig geworden wäre, oder wenn — wovon ſpäter beſonders zu handeln ſein wird — umgekehrt nach einer im Namen eines Andern erfolgten Hingabe, deſſen Conſens ſpäter nicht hinzukäme, kein Mutuum zu Stande kommen würde. Auch würde das blos beredete, wenn auch ſchon durch Pfand beſtärkte Mutuum durch nachher verweigerte Hingabe oder Annahme gehindert werden. L. 1. §. 1 L. 11 pr. D. qui potior. (20, 4) vgl. L. 4 D. quae res pign. (20, 3) und L. 30 D. h. t.: welche letzten beiden Stellen dieſes von der Annahme mit Recht ſelbſt im Falle ſchon promittierter Rückgabe ausſagen, wo dann dem Schuldner gegen die Klage aus der Stipulation eine exceptio zuſtehen würde. L. 2. §. 3 D. de doli m. exc. (44, 4). Wäre aber die Abſchließung des Contracts mit allen ſeinen Modalitäten vom Einen oder Andern oder auch von jedem gegen den Andern in bindender Weiſe ausbedungen, alſo bei den Römern ſtipuliert, bei uns nicht blos beſprochen, ſondern feſt pacisciert worden, ſo würde in der Abſchließung durch die contractliche Hingabe die Erfüllung der damit auf ein facere übernommenen einſeitigen Obligation und zugleich der Urſprung des beredeten Realcontracts mit ſeiner wiederum einſeitigen Obligation liegen, gegen den die verſprochene Abſchließung Verweigernden aber auf das Intereſſe geklagt werden können, — wenn ein ſolches nachweisbar iſt. L. 68 D. de verb. obl. (45, 1)[1]).

[1]) Im Ganzen noch richtige Anſchauungen darüber enthält das Preußiſche A. LR. I. 11. §. 654 ff. Die Frage, ob jetzt ein Zwang zur Eingehung zuläſſig ſei, hängt mit der allgemein proceſſualen zuſammen, inwieweit bei uns eine ſ. g. executio ad faciendum gefordert werden kann. Nach Römiſchem Recht bedeutet Intereſſe jedenfalls nur den durch die Nichteingehung des verſprochenen Contracts zugefügten in Gelde zu berechnenden Schaden und es beruht auf bloßer Begriffsverwechſelung, wenn Manche aus dem pactum de mutuando eine Klage auf die (zum Darlehn) verſprochene Geldſumme ſelbſt angenommen haben, als beſtände das mutuare in ſeinem Gegenſtande. Vgl. die Litteratur bei Windſcheid Pand. §. 370 Note 18.

Digitized by Google

Wenigſtens das beredete verzinsliche Darlehn aber jetzt als einen Conſenſualcontract anzuſehen iſt nur ein moderner, die Natur der Sache und alle geſchichtliche Entwickelung des Rechts verläugnender Gedanke[1]).

Haben mehrere als Gläubiger oder Schuldner mit Hingabe des Ganzen contrahiert, ſo würde ſolidariſche oder ſ. g. Correal-Verpflichtung, wenn dieſe verabredet worden, eintreten, mag der Eine oder Andere das Ganze oder jeder einen Theil gegeben oder empfangen haben, der dann gegenſeitig als zugleich Namens des Andern gegeben oder empfangen anzuſehen wäre, was denkbar iſt, weil in der Correalobligation eine nur perſönlich alternative einmalige Schuld oder Forderung des Ganzen liegt, und Alles, was durch Stipulation auch durch bloßen Vertrag bei der Hingabe ausgemacht werden kann (L. 7 D. h. t.); außerdem aber für oder gegen jeden Verpflichtung auf die Quantität, die er gegeben oder empfangen hat, wenn nicht beſtimmte, z. B. Kopftheile verabredet wären, indem dann auch wieder, was der Eine über ſeinen Kopftheil mehr gegeben oder empfangen hätte, als Namens des Andern gegeben oder empfangen anzuſehen wäre. Vgl. L. 5. 9. 12 C. h. t. (4, 2). L. 7. §. 1 D. de SC. Maced. (14, 6). L. 17. §. 2 D. ad SC. Vell. (16, 1). Da bei vorhandenem Conſenſe die Perfection des Contracts in der Hingabe liegt, ſo würden auch zu verſchiedenen Zeiten hingegebene Quantitäten an ſich ſtets eben ſo viele Darlehne machen, wenn auch bei der erſten Hinzahlung ein größeres Geſammtdarlehn beredet war: es ſei denn, daß bei der Zahlung des Uebrigen die Parteien auf die Einheit des Contracts zurückgekommen wären oder ſie noch feſtgehalten hätten, in welchem Fall auch die Mora aus dieſem Geſichtspunkt zu beurtheilen ſein würde[2]): ſo z. B. wenn ein nachher entdeckter Irrthum der erſten vermeintlich vollen Hinzahlung berichtigt wurde, wie bei einer irrig hingegebenen Silberrolle ſtatt einer Goldgeldrolle oder bei eingemiſchten fremden Geldſtücken, an denen der Empfänger erſt durch Conſumtion Eigenthum erwirbt. Wenn aber bedungen iſt, daß der Schuldner auch Theile zurückzahlen dürfe, was als bloße Modalität der Rückzahlung ebenſo wenig, wie die Contrahierung unter einer Bedingung (oben S. 12) und die bedungene Rückzahlung zu einer beſtimmten Zeit (oben S. 13 a. E.) oder an einem beſtimmten Ort (L. 22 D. h. t. L. 9 C. eod.) oder an einen solutionis causa adiectus, z. B. dem man ſchenken wollte (L. 19. §. 3 D. de donat. 39,5), mit der Natur des Darlehns in Widerſpruch ſteht, ſo bleibt der Contract doch im Uebrigen ein einheitlicher aufs Ganze, welches alſo eingeklagt werden kann, wenn der Schuldner nicht Theile in bedungener Weiſe angeboten und nach verweigerter Annahme deponiert hat. Vgl. L. 41. §. 1 D. de usur. (22, 1). Die Theilbarkeit der Darlehnsobligation als einer generiſchen, alſo der Zahl nach hat überhaupt für Forderung und Rückzahlung die allgemeinen Wirkungen und bringt es nur nach ihnen die Pflicht des Prätors Proceſſe ohne

---

[1]) Von dem ſich auch Windſcheid Pand. §. 371 Note 6 nur ſchwer und nicht ganz losmacht. Dawider auch Dernburg Preuß. Privatr. II. §. 176. S. 463. Will man jetzt einmal ſich von der auf Grund der Natur der Dinge erwachſenen Geſchichte im Recht emancipieren, ſo ſei man wenigſtens conſequent und ſchaffe auch alle Namen und Arten von Contracten mit ihren Begriffen ab, die doch auch nur auf der Geſchichte beruhen.

[2]) In den Quellen finden wir darüber keine Ausſprüche, weil nach Römiſchem Rechte die Mora beim Darlehn überhaupt ſo gut wie keine Wirkungen hatte.

Digitized by Google

Nachtheil für den Kläger möglichſt zu vermindern mit ſich, daß er dieſem die verlangte Darlehnsklage aufs Ganze verſage, wenn der Schuldner ihm einen Theil anbietet und der Kläger dieſen nicht annehmen will. L. 21 D. h. t.

V.

Erforderniſſe der Begründung der Darlehnsobligation auf Seiten des Darleihers insbeſondere.

Weil das Darlehn dadurch verpflichtet, daß vom Darleiher dem Andern vertretbare Sachen zum Verbrauch in ſein Vermögen gegeben werden, ſo erfordert es in der Regel Eigenthumsübertragung und in dieſer Hinſicht ſagen unſere Quellen, daß der Geber Eigenthümer der zu gebenden Sachen ſein oder doch das Recht, fremde Sachen zu dieſem Zweck zu veräußern, haben müſſe, wie der Hausſohn oder Sclav, der von ihm verwaltetes peculiares, der Vormund, der ſeines Pfleglings Geld ausleiht (L. 2. §. 4 D. h. t. L. 35 D. de solut. 46, 3), daß bei vorhandenem bloßen Theileigenthum auch das Darlehn nur zu dieſem Theile entſtehe (L. 13. §. 2. L. 16 D. h. t. L. 94. §. 1 D. de solut. 46, 3)[1]), und bei bedingtem Eigenthum nur nach eingetretener Bedingung (L. 8 D. h. t.), auch, daß ein Veräußerungsunfähiger, wie ein Pupill ohne auctoritas tutoris kein Darlehn contrahieren könne (L. 9 pr. D. de auctor. et cons. (26, 8). Gai. 2, 82. §. 2 I. quib. alien. 2, 8), und es durch die Uebergabe fremder Sachen nicht entſtehe, da der Empfänger dadurch kein Eigenthum erlange, L. 56. §. 2 D. de fideiuss. (46, 1). L. 13 pr. §. 1 D. h. t. Daß darauf nichts ankommt, ob der veräußerungsfähige Eigenthümer die Sachen ſelbſt oder durch einen Andern tradieren oder, weil ſie ſich ſchon in Gewahrſam des zukünftigen Schuldners befinden, die Tradition durch Verabredung mit dieſem brevi manu vor ſich gehen läßt, iſt ſelbſtverſtändlich, doch kommen wir darauf auch noch ſpäter gelegentlich zurück. Auch darf im Falle der einem Andern aufgetragenen Hingabe von Sachen des Mandans das Mandat nicht ſchon vorher wieder erloſchen ſein. L. 41 D. h. t.

Weil aber das Darlehn kein Sach-, ſondern ein Vermögensgeſchäft iſt, bei dem es auch auf Seiten des Darleihers als Gläubigers nur darauf ankommt, daß es verbrauchbar generiſch — und am Genus gibt es kein Eigenthum — aus deſſen Vermögen begründet werde, ſo iſt auch

1. nicht erforderlich, daß der Darleiher Sachen ſeines Eigenthums gebe, was nur die einfache urſprüngliche Form ſeines Vorkommens iſt; es entſteht — wiewohl dieſes erſt ſpäter aus ſeiner Natur als auch zuläſſig zum Vortheil des Verkehrs

---

[1]) In der letzten Stelle fügt Papinian hinzu: sive in singulis nummis communionem pro indiviso quis esse intellegat sive in pecunia non corpora cogitet sed quantitatem. Das heißt, es kommt auf eins hinaus, ob man z. B. bei gezahlten 100 Denaren ſich denkt, daß man Gläubiger auf 100 halbe Denare oder (was L. 13. §. 2 cit. gleich allein als auch zuläſſig hinſtellt) auf 50 Denare geworden ſei, weil nehmlich auch Theile im Verhältniß zum Ganzen wieder vertretbar ſind.

Digitized by Google

entwickelt worden (benigne receptum L. 34 pr. D. mand. 17, 1) und insofern singulär ist (L. 15 D. h. t.)[1] — ebenso gut für ihn, wenn er in seinem Namen (d. h. für sein Vermögen[2]) einen Andern die diesem gehörigen Sachen, als wären sie die seinigen, geben läßt oder dies genehmigt, da die gegebenen doch, gleichviel wem sie gehörten, im Verbrauchseigenthum des Empfängers generisch obligatorisch untergehn sollen, indem in Beziehung auf sie keine Obligation für den Gläubiger entsteht, wie bei den Sachrealcontracten, folgeweise alles Interesse wegfällt, bei der nur von der Rechtsstrenge der ersten Erscheinung des Darlehnsbegriffs erforderten Gabe eigener Sachen stehen zu bleiben[3]): wogegen der, aus dessen Eigenthum die Sachen stammen, keine condictio mutui hat, weil zwischen ihm und dem Empfänger der Contract nicht abgeschlossen ist[4]). Es entspricht dies also ganz dem, daß, wenn

---

[1]) Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam; nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Nur dieser Eingang der Stelle gehört hieher. Auf die ganze L. 15 cit. sowie auf die L. 34 pr. cit. werden wir später genauer einzugehen haben.

[2]) Genauer: seine (hier nur vermögensrechtlich in Betracht kommende) Person, als Subject oder Träger des entstehenden Rechtsverhältnisses, da nomen in diesem Ideenkreise stets die (durch nomen, meist proprium, oder Pronomina bezeichnete) Person im Verkehrsverhältnisse nach außen bezeichnet. Etwas anders Schloßmann der Besitzerwerb durch Dritte §. 4, der nomen durch Interesse wiedergibt. Aber dieses greift zu weit. Wenn Titius von mir beauftragt wird, Jemanden ein Darlehn zu geben, so kann dieses doch gar wohl so gemeint sein, daß er selbst es (suo nomine) geben soll, L. 48. §. 1 D. mand. (17, 1) und doch geschieht es in meinem Interesse.

[3]) Dieser richtigen Auffassung nähern sich, wenn auch ohne klare Einsicht, schon manche ältere Erklärungsversuche, die man nachgewiesen findet bei Mühlenbruch Cession der Forder. §. 11 S. 104 ff. Savigny will die Begründung des Mutuum für den Darleiher auch mit eigenem Gelde des ihn vertretenden Hingebers durch die (unsern Quellen fremde) Annahme eines s. g. constitutum possessorium in diesem Falle erklären (System IV. Beil. X. Nr. IV. V. Oblig.recht II. S. 67), und ähnlich wohl Schilling Instit. III. §. 265, obgleich er nur von traditio brevi manu spricht. Das scheint mir unmöglich. Nach den Quellen gibt der Stellvertreter auch ohne Auftrag, und auch wenn er beauftragt ist, ohne alles Wissen des aus dem Darlehn Berechtigten um die gewählten gegebenen Geldstücke und suos nummos, suam pecuniam im Gegensatz zu denen des Andern (L. 9. §. 8. L. 15 D. h. t. L. 126. §. 2 D. de verb. obl. 45, 1). Die Worte velut tuos (nummos) in L. 9. §. 8 wollen, wie die licet mei nummi non fuerint in L. 2. §. 4 zeigen, nur eine Verstärkung des meo nomine im Gegensatz zu dem Wirklichen sein. Auch müßte sonst, was die Römer ausdrücklich auf das Mutuum beschränken und da als eine Ausnahme von der Regel, daß man nicht durch eine extranea libera persona eine Obligation erwerben könne, darstellen (L. 126. §. 2 D. de verb. obl. 45, 1), ebenso wohl bei andern Realcontracten, z. B. dem Pfandcontract, dem Tausch, und selbst da noch eher gelten, weil der Besitz- und Eigenthumswechsel vor der Hingabe eine bestimmte Sache beträfe.

[4]) Was besonders auch dann bemerkt wird, wenn der Darleiher als aus seinem Vermögen fremde Sachen ohne Zustimmung des Eigenthümers, die erst durch Consumtion in das Vermögen des Empfängers kommen, gegeben hat. L. 2. 7 C. h. t. L. 16 C. de pign. (8, 13). L. 19 C. de distr. pign. (8, 27 al. 28). L. 8 C. depos. (4, 34). Daß ein ganz anderes Geschäft vorliegt, wenn der Geber der Sachen im Auftrage eines Andern selbst (also aus seinem eigenen Vermögen) darleiht, braucht kaum bemerkt zu werden.

Digitized by Google

Jemand aus factischem Irrthum die nur vermeintlich geschuldete Quantität eines Andern in dessen Namen mit seinen Sachen bezahlt, diesem und nicht dem, der gezahlt hat, die condictio indebiti gegen den Bezahlten zusteht. L. 6. C. de cond. indeb. (4, 5), in welchem Fall nur kein Contract, sondern ein übrigens dem Mutuum ähnlicher Quasicontract des vermeintlichen Schuldners vorliegt (Gai. 3, 91). So sagt für das Mutuum außer den eben angeführten Stellen noch allgemeiner Paulus

L. 2. §. 4 D. h. t. Si voluntate mea tu des pecuniam, mihi actio acquiritur, licet mei nummi non fuerint.

Und derselbe in der später genauer zu erörternden

L. 126. §. 2 D. de verb. obl. (45, 1) . . . Plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur.

Ebenso Ulpian nach Mommsens Texte in

L. 9. §. 8 D. h. t. Si nummos meos tuo nomine dederim velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit adquiri tibi condictionem. Julianus quoque de hoc interrogatus libro X scribit, veram esse Aristonis sententiam: nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi adquiritur (L. adquiratur) obligatio, cum cottidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus[1]), ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.

Und hiernach als längst feststehender Grundsatz in einer Constitution von Justinian

L. 3 (2) C. per quas pers. nob. acq. (4, 27). Cum per liberam personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, acquiritur (quidem) ei, cuius nomine credita est, per huiusmodi numerationem condictio — —

Zugleich für andere Vermögensgeschäfte, Schenkung und Solution: L. 65. §. 4 D. ad SC. Trebell. (36, 1). L. 49 D. de solut. (46, 3). Auch gehört hieher L. 16 D. h. t., nach der ein Socius ein für die ganze Summe gültiges Darlehn (für sich) abschließt, wenn seine Miteigenthümer dazu consentieren[2]), und L. 9 C. h. t.

Gai. 3, 156 ibiq. cit. L. 24. §. 1 D. de reb. auct. iud. (42, 5). Ebenso aber auch noch dann, wenn das Darlehn im Interesse des Auftraggebers so, daß diesem vom Darleiher die Klage daraus cediert werden soll, gegeben wird. L. 48. §. 1 D. mand. (17, 1), welcher §., wie schon Dorotheus sah (Basil. 14, 1, 48. Tom. II. p. 129 Heimb.), mit den in allen Handschriften ans Ende des §. 2. und damit der ganzen Stelle versetzten Worten quemadmodum si mandem, ut mihi quemvis fundum emas zu schließen ist. Vgl. meine Schrift zur Pandektenkritik S. 27.

[1]) Dieses Verlangen kann mittelbar auch darin liegen, daß der um das Darlehn Angegangene den darum Bittenden anweist, es sich z. B. von des ersteren Geschäftsführer oder Schuldner geben zu lassen. Ein verpflichtendes Mandat liegt in dieser Anweisung nicht, da sie blos im Dienst des allein beabsichtigten Darlehnscontracts geschieht. L. 10. §. 4 D. mand. 17, 1.

[2]) Diesen Consens setzt Paulus in L. 67. §. 1 D. pro socio (17, 2) bei dem dort angenommenen Darlehn eines Socius mit communis pecunia voraus, mag er übrigens suo oder societatis nomine das Darlehn gegeben haben. Im letztern Falle würden bei einem bloßen Darlehn denn auch die übrigen Socii zu Theilen Mitcreditoren geworden sein.

Digitized by Google

in den Worten vel re tibi pro solido quaesitam actionem. Denn in Wahrheit geben die Consentienten ihr Geld zum Darlehn, aber zu einem solchen, aus dem ihr Miteigenthümer als Gläubiger berechtigt sein soll, und es ist gleichgültig, sowohl daß dieses Geben durch die Hand des letzteren, als auch daß es mit eigener grundleglicher Zuthat desselben geschieht.

In der viel besprochenen dritten ausgeschriebenen Stelle (von Ulpian) ist zunächst der nach obiger Lesart sinnlose Schluß derselben bestritten, worüber Schulting zur Stelle, Glück XII. S. 19 und Mühlenbruch Cession S. 107 nachzusehen sind. Zwar numeret statt des Florentinischen meus et, welches nach dem zuerst verderbten creditor entstand, haben schon viele Handschriften richtig wiederhergestellt. Aber was soll creditor? Unter den vorgeschlagenen Emendationsversuchen würde Bilderdyks (Teisterbants) creditum numeret der leichteste sein, da schon der erste Corrector der Flor. creditor in creditur offenbar nach der ihm vorliegenden Urhandschrift verbessert hat, wenn nur das Präteritum zumal dem crediturі sumus gegenüber hier erträglich wäre. Das Richtige und in jeder Beziehung Befriedigende ist die noch leichtere Annahme eines vor creditur ausgefallenen q(uod): „daß er in unserem Namen das, was dargeliehen wird, unserem zukünftigen Schuldner zahle".

Wichtiger ist der Sinn der ganzen Stelle. Man hat sie von jeher im Ganzen so verstanden, daß nach Aristo, wenn Jemand seine Geldstücke für einen Abwesenden, der darum nicht weiß, so als gehörten sie diesem, zum Darlehn gebe, dem letztern mit Genehmigung dieses Vorgangs die Obligation gegen den Empfänger erworben werde, und daß dann Julian dieses nicht blos billige, sondern dasselbe auch für den ebenso von Paulus in L. 2. §. 4 cit. vorausgesetzten und entschiedenen Fall annehme, wo der Geber hierzu vom Darleiher aufgefordert wurde. Neuerlich hat aber Jhering [1]) hiergegen eingewendet, daß in Aristo's Falle und ebenso in andern Stellen (L. 4 C. si cert. pet. (4, 2). L. 85. §. 2 D. de donat. (39, 5). L. 126. §. 2 D. de V. O. (45, 1). L. 2 C. per quas pers. (4, 27)

Wenn der Socius aber nach der Annahme des Paulus feneraverit, also Darlehn und Zinsen stipuliert hat, was er gültig nur auf seinen Namen kann, so wird er allein Creditor und muß, mit der actio pro socio gezwungen, die erhobenen usuras partiri. War er socius totorum bonorum, so versteht sich sein Handeln societatis nomine den Wirkungen nach immer schon von selbst. Dieses gelegentlich zur Richtigstellung des Sinnes der Stelle.

[1]) Jahrb. f. d. Dogm. II. S. 87—120, wo auch eine Anzahl von anderen neueren Ansichten mitgetheilt und die Untersuchung auf andere verwandte Rechtsgeschäfte erstreckt wird. Jhering folgt mit Andern Windscheid Pand. §. 313 Note 3. §. 270. Nehmen Manche, wie Heimbach Creditum S. 171 eine auch an sich ganz unmotivierte Uebertragung von der solutio auf die mutui datio an, so ist dabei nicht bedacht, daß die von einem Dritten geschehene erstere auch ohne und selbst gegen den Willen des Schuldners wirkt. Auch Jacobi (Jahrb. f. Dogm. IV. S. 292) rechtfertigt und erklärt den unrichtigen Satz nicht mit der bloßen Behauptung, daß der unbetheiligte Dritte hier nicht ex contractu, sondern nur aus der Uebernahme der Obligation in einem diese veranlassenden Contracte Forderung und Klage (NB. ipso iure) erwerbe, und widerlegt vielmehr sich selbst, wenn er als Beweis dafür Fälle anführt, wo der Dritte aus dem für ihn geschlossenen Contracte nur eine utilis actio erwirbt.

Digitized by Google

nichts von Genehmigung ſtehe, und die Anſicht aufgeſtellt, daß allgemein die Hingabe eines Darlehns im Namen eines Andern dieſen auch ohne ſeine Zuſtimmung, ja ſelbſt gegen ſeinen Willen zum Darlehnsgläubiger mache[1]), und dieſes nach ſeiner ſubjectiven Weiſe aus gewiſſen proceſſualen Rückſichten auf den Beweis zu rechtfertigen geſucht, welche die Römiſche Jurisprudenz veranlaßt habe, die nicht vorhandene Einwilligung des einen Contrahenten vermöge einer praesumtio iuris et de iure zu ergänzen (S. 89 ff.). Wäre die Anſicht richtig, ſo müßte man auch hier wieder[2]) an der Kunſt der Römiſchen Juriſten irre werden, die zu Gunſten einer Beweiserleichterung ſich herausgenommen hätten, ein Grundprincip, die Unmöglichkeit eines Contracts ohne Conſens (L. 1. §. 3 D. de pactis 2, 14), welches bei dieſem Contract noch beſonders hervorgehoben wird (L. 32 D. h. t. oben S. 25), aus den Augen zu ſetzen und eine Präſumtion aufzuſtellen, die nur ein Geſetz einführen kann[3]).

In der That beruht die neue Anſicht — freilich zum Theil auch die ältere — nur auf ungenauer Interpretation, wie ſich auch ſchon danach erwarten läßt, daß doch ſo viele Stellen und die L. 9. §. 8 ſelbſt bei den Vorausſetzungen des für den Dritten, in deſſen Namen das Geld gegeben iſt, angenommenen Darlehns das iubere, die voluntas oder die dem aus dem Peculium hingebenden Sclaven geſtattete Adminiſtration (L. 11. §. 2 vgl. L. 2. §. 4 D. h. t.), alſo überhaupt die Zuſtimmung des Darleihers anführen, für welche wir aber nicht erſt zu bemerken brauchen, daß es gleichgültig iſt, wann ſie geäußert wird, ob ſie der datio als Auftrag vorangeht, ſie begleitet, vielleicht ſelbſt, wie in L. 34 pr. D. de donat. (39, 5), durch Stipulation ausgedrückt wird und damit die Art des Contracts ändert, oder irgend wann ſpäter, wenn auch erſt mit Anſtellung der Klage gleichſam als Ratihabition auftritt — wenn man nicht richtiger ſagt Zuſtimmung oder Anerkennung, weil einen Contract genehmigen eher auf einen zunächſt für ſich, aber in fremdem Intereſſe abgeſchloſſenen Contract eines Dritten geht. Doch paßt der Ausdruck genehmigen allerdings inſofern, als die Perfection des Contracts ohne Zweifel auch

---

[1]) Hatte er aber in dieſer Anſicht nicht ſchon das Preuß. LR. I. 11. §. 671 zum Vorgänger? ‚Hat Jemand ſein eigenes Geld unter fremdem Namen zum Darlehen gegeben, ſo beſteht der Vertrag nur zwiſchen dem Empfänger und demjenigen, auf deſſen Namen das Darlehn gegeben worden.‘ So ſcheint Dernburg Preuß. Privatr. II. S. 465 Note 9 die Stelle aufgefaßt zu haben, wenn er ſich gegen ſie verwahrt, falls nicht der Dritte Auftrag hierzu gegeben oder ratihabiert habe. Aber indem der §. ſagt: ‚beſteht der Vertrag‘, ſcheint er doch eben einen Conſens zwiſchen dem Dritten und dem Empfänger vorauszuſetzen.

[2]) Vgl. über eine ähnliche Unterſtellung die Abh. über die L. 5. §. 10 D. de instit. act. (14, 3). Archiv f. civ. Pr. LXIV. S.

[3]) Aeltere Juriſten, welche ohne rechte Klarheit eine ähnliche Anſicht hegten, beriefen ſich wohl darauf, das Mutuum ſei auch gar kein eigentlicher Contract (dieſes Wort wird bekanntlich oft auch im weitern Sinne genommen) nach L. 10 fin. D. de V. S. (50, 16). Sed et si non sit mutua pecunia, sed contractus, creditores accipiuntur. (Vgl. Jo. d'Avezan in Meermann thes. iur. Rom. IV. p. 8. Mühlenbruch Ceſſion S. 104.) Aber nach L. 1. 2. §§. 3. 5. L. 9 D. de reb. cred. (12, 1) will jene Stelle die mutua pecunia nicht einem Contract entgegenſetzen, ſondern ſagen: wenn das Urſprungsgeſchäft auch nicht gerade (der Contract des) Mutuum iſt, ſondern nur irgend ein Contract. Vgl. L. 20 D. de iudic. (5, 1).

Digitized by Google

hier rückwärts von der Eigenthum erzeugenden Hingabe an, als welche das eigentlich (re) verpflichtende Moment enthält, angenommen werden muß, gleichwie bei der Zahlung an den Geſchäftsführer des Gläubigers die Liberation (L. 12. §. 4 D. de sol. (46, 3). L. 24 D. de neg. gest. (3, 5). L. 25 in fin. C. de don. int. vir. 5, 16). Bei genauer Leſung der L. 9. §. 8, welche Stelle ſelbſt dieſe Materie am genaueſten darſtellt, wird nun jeder wahrnehmen, daß doch wohl nicht zufällig Ariſto in ſeinem Falle ein adquiri tibi condictionem behauptet, wie auch Juſtinian in dieſem Falle in L. 3 C. per quas pers. obl. (4, 27) und ähnlich Paulus in L. 2. §. 4 cit. allgemein ſich ausdrückt, Julian dagegen in dem ſeinigen acquiratur obligatio ſagt. Nun, das Recht aus dem Darlehn zu klagen, welches als ſolches ſtets eine Willensäußerung des Berechtigten vorausſetzt, — das heißt aber condictio oder actio und intereſſiert hinterdrein noch allein — erwirbt doch in der That auch der Abweſende, ohne deſſen Wiſſen es in ſeinem Namen gemacht iſt, weil er eben damit, daß er klagt, den Contract genehmigend perficiert, was denn doch wohl nicht erſt beſonders geſagt zu werden braucht, während wenn die voluntas voraufging, gleich mit der Hingabe des Darlehns ihm die Obligation ſelbſt erworben wird. Nur weil jener Erwerb der Klage doch mittelbar auch wieder nicht ohne den der Obligation denkbar iſt, iſt beſonders in allgemein ſprechenden, d. h. voraufgehenden und nachfolgenden Willen des dritten eigentlichen Gläubigers zuſammenfaſſenden Stellen, wie bei Paulus in L. 126. §. 2 cit., auch der Ausdruck obligatio acquiritur nicht zu tadeln. Im Uebrigen findet man die Ausdrucksweiſe doch auch unanſtößig, wenn Paulus in einer verwandten Materie in L. 23 D. de neg. gest. (3, 5) ſchlechtweg ſagt: Si quis negotia aliena gerens indebitum exegerit, restituere cogitur, obgleich der Dritte, für den er handelte, nach L. 6. §. 9 D. eod. die zu dieſem Zwang erforderliche actio negotiorum gestorum nur erwirbt, wenn er die für ihn geſchehene Beitreibung genehmigte. In der Anſtellung der Klage ſelbſt liegt ja eben die Genehmigung, wie L. 19 C. eod. (2, 19) für einen andern Fall zum Ueberfluß hervorhebt. Inſofern aber, wenigſtens bei der Acquiſition, regelmäßig doch einer Handlung mit dem Willen für ſich, als uns gehörig im weitern Sinne oder bei ſorgloſerer Darſtellung auch Alles, was lediglich von unſerer Willensmacht abhängt, angeſehen werden darf, iſt auch an dem Ausdruck acquiritur ſelbſt für einen Abweſenden und jetzt noch nicht Wiſſenden kein Anſtoß zu nehmen[1]). Wie hätte aber auch Julian die Meinung des Ariſto ſchlechthin für wahr erklären und mit dem von ihm aus der alltäglichen Praxis angeführten Beiſpiele beſtärken können, wenn der letztere in einem ſo weſentlichen Puncte, der da vorhandenen Zuſtimmung des Dritten, an der es in der Sentenz des Ariſto gefehlt haben ſoll, differiert hätte?

Die Ausdrucksweiſe condictio oder actio acquiritur ſchlechthin (ohne Erwähnung einer Genehmigung) für den dritten Abweſenden verliert endlich ihr Auf-

[1]) Von dieſem Gedanken aus ſind meines Erachtens auch in der Lehre vom Beſitzerwerbe durch freie Perſonen die beſtrittenen Stellen zu vereinigen, von denen manche die Zuſtimmung des Erwerbers zur Apprehenſion des Procurator für ihn nicht erwähnen oder ſelbſt ſagen, daß ihm, auch wenn er darum nicht wiſſe, erworben werde. Auch der Letztere kann ja jederzeit über den Beſitz disponieren — weil er eben damit ihn mit Zurückbeziehung erwirbt.

Digitized by Google

fälliges noch um ſo mehr, als ſie offenbar im Gegenſatz zu dem ſteht, durch den die Hinzahlung für jenen erfolgt iſt. Denn nur jener dritte, blos inſtrumentale Geber kann jedenfalls nicht aus dem Darlehnscontract, den er ja gar nicht für ſich abgeſchloſſen hat, klagen, und käme der durch ſein Geben Namens des Abweſenden von dieſem mit dem Empfänger inchoativ abgeſchloſſene nicht zu Stande, weil dieſer das Geſchehene nicht genehmigte oder vor der Genehmigung ſtürbe, ſo würde die dann allein übrig bleibende condictio sine causa nach Analogie des Falles in L. 32 D. h. t. dem Hingeber auch nur dann zuſtehen, wenn er aus dem Seinigen gab. So nennt denn auch Paulus in L. 126. §. 2 D. de verb. obl. (45, 1) [1]) nach richtigem Verſtändniß derſelben den dritten Abweſenden geradezu den Contrahenten des Darlehns als Realcontracts (ex numeratione qui contraxit), worin die Worte qui contraxit von ſelbſt ſeine Zuſtimmung vorausſetzen:

> Superest quaeramus, an ex numeratione ipse qui contraxit pecuniam creditam petere possit.

Und mit Recht. Er iſt ja (neben der Perſon deſſen, der Schuldner werden ſoll — cum quo contractum habuisti et eius personam elegisti L. 7. §. 1. C. quod cum eo (4, 26) —) die Hauptperſon und das Fundament des Contracts als der creditur Julians (in L. 3. §. 8 cit.) oder der, dem die Obligation erworben wird nach den in L. 126. §. 2 cit. kurz vorhergehenden Worten des Paulus (plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret . . . obligatio nobis acquireretur),

---

[1]) Zur Erleichterung des Leſers namentlich im Verſtändniß des Folgenden müſſen wir doch dieſe zwar ſehr lange Stelle aus dem 3. Buch der Quäſtionen des Paulus (nach Mommſens Texte) ganz hieher ſetzen. „Chrysogonus Flavii Candidi servus actor „scripsit (richtiger scripsi) coram subscribente et adsignante domino meo, accepisse „eum a Julio Zosa, rem agente Julii Quintilliani absentis, mutua denaria mille, „quae dari Quintilliano heredive eius, ad quem ea res pertinebit, kalendis Novem„bribus, quae proximae sunt futurae, stipulatus est Zosas libertus et rem agens „Quintilliani, spopondit Candidus dominus meus. sub die supra scripta si satis „eo nomine factum non erit, tunc quo (zu leſen tunc quoquo mense quo — ſo erſt „richtig und leichter als mit Mommſen nur tunc quo mense) post solvetur usurarum „nomine denarios octo praestari stipulatus est Julius Zosas, spopondit Flavius Can„didus dominus meus.“ subscrip s i t dominus. Respondi: per liberam personam, quae neque iuri nostro subiecta est neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus. plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis creditae pecuniae adquireretur: sed quod libertus patrono stipulatus est, inutile est, ut nec ad solutionem proficiat adiectio absentis, cui principaliter obligatio quaerebatur. superest quaeramus, an ex numeratione ipse, qui contraxit, pecuniam creditam petere possit: nam quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum. plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a naturali obligatione. sequens stipulatio, in qua sine adiectione nominis usuras stipulatus est, non eodem vitio laborat (neque enim maligne accipiendum est eidem stipulatum usuras, cui et sortem, videri), ideoque in liberti persona valet stipulatio usurarum et cogitur eam patrono cedere. plerumque enim in stipationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt: raro inesse tempus vel condicionem ex eo, quod agi apparebit, intellegendum est: nunquam personam, nisi expressa sit.

Digitized by Google

und deſſen Contractswillen der Hingeber ſich nur zum Werkzeuge eben für das nur untergeordnet auch zum Contract gehörige Hingeben aus des erſteren Vermögen macht, wobei, wie ſchon früher bemerkt, es auch gleichgültig iſt, ob jener auch das Hingeben umfaſſende Wille als Auftrag vorausgeht oder genehmigend nachfolgt. Ganz verkehrt iſt es dagegen, wenn die bisher herrſchende Auslegung[1]), dem äußern Schein der ſchriftlichen Urkunde folgend, die Hingabe und Schrift jener werkzeuglichen Perſon zum Hauptſächlichen, ſie zum Contrahenten des Realcontracts, ihr Thun zum Contract macht, in dem das wirklich Hauptſächliche nur eine Nebenbeſtimmung ſei[2]). Auch widerſpricht dem ganz und gar der Zuſammenhang der Stelle. Nicht das unterſucht Paulus — wie die bisherige Auslegung annimmt — ob der Hingeber (im Gegenſatz zu dem, in deſſen Namen er das Darlehn gibt) pecuniam creditam petere possit, ſondern nach den klaren Worten, ob der Contract, bei dem nach dem Eingange der Stelle für den Abweſenden auch ſtipuliert war, wegen dieſer Stipulation (die aber ſelbſt ungültig iſt) ſeine Kraft als Realcontract (ex numeratione) verloren habe, was er, da die Zahlung vorangegangen und die dadurch ſächlich (naturaliter) begründete Obligation nicht aufgehoben ſei, läugnet (non est dicendum recessum a naturali obligatione). Aus ihm als Realcontract kann alſo der, dem principaliter (durch die anfängliche Hinzahlung (accepisse eum), worauf erſt die Stipulation folgt, und auch die Obligation ſelbſt, ſo daß auch nicht an einen solutionis causa adiectus zu denken) obligatio quaerebatur, die Darlehnsklage wegen des auf ſeinen Namen, weil, wie die Stipulation zeigt, zur Rückgabe an ihn gegebenen Capitals anſtellen. Nur zu unſerer Auslegung ſtimmt denn auch, daß Paulus nachher wegen der Zinſen, die der eine vielleicht längere Abweſenheit ſeines Patrons (über den November hinaus) bedenkende, deſſen Geſchäfte führende Freigelaſſene[3]) in der vorangeſtellten Darlehnsſtipulationsurkunde

[1]) So wenigſtens die Gloſſe und D. Gothofredus. Auch Mommſen, wenn er hinter den oben ausgehobenen Worten als ausgefallen eingeſchoben wiſſen will sed magis est ne possit oder Aehnliches, kann unter dem ex numeratione qui contraxit nur Zoſas, den freigelaſſenen Geſchäftsführer des Abweſenden verſtanden haben. Dem Sinne nach richtig wäre ... ut possit. Aber es bedarf des Einſchiebſels überhaupt nicht, da aus dem Folgenden klar hervorgeht, daß Paulus den Realcontract des qui contraxit, d. h. des Patrons für rechtsbeſtändig hält. Das folgende Nam leitet, wie oft, eine ratio dubitandi ein, die nachher plane u. ſ. w. für dieſen Fall beſeitigt. Cuiacius, der die Stelle zweimal ausführlich, aber nicht genau wörtlich und im Gedankenzuſammenhange, ſondern nur mit dogmatiſchen Sätzen und zum Theil unrichtigen Unterſcheidungen erklärt hat, im Comment. ad tit. de verb. obl. Opp. ed. Mut. T. I. p. 1084 und zum lib. III. Quaest. Pauli T. V. p. 948, ſagt wenigſtens in der erſten Stelle richtig, daß wenn der Freigelaſſene patroni nomine gegeben habe, dieſem die Darlehnsklage zuſtehe und ſo auch Schloßmann der Beſitzerwerb durch Dritte (1881) S. 59, der mit Recht nur dieſe Abſicht in der Stelle findet. In der zweiten, wo er annimmt, daß der Freigelaſſene das Darlehn suo nomine gegeben habe, ſpricht er deshalb dem Patron die Darlehnsklage ab und ſcheint alſo der gemeinen Auslegung des qui contraxit gefolgt zu ſein.

[2]) Auf jener fundamentalen Wichtigkeit der Contractsperſonen beruht auch die Auslegungsregel, von der Paulus am Ende der L. 126. §. 2 cit. ſpricht, womit L. 134. §. 1 D. eod. zu vergleichen iſt.

[3]) Dieſen Umſtand, wonach doch der Freigelaſſene auch noch ſelbſt im Stande ſein mußte, die fällig gewordenen Zinſen für den länger abweſenden Patron einzuklagen, und

Digitized by Google

nicht auch namentlich für ihn (also ungültig), sondern allgemein und daher, wie anzunehmen, für seine Person und also gültig stipuliert hatte, sagt, daß er gezwungen sei, die Klage daraus dem Patron zu cedieren. Es erklärt sich daraus, weshalb Paulus in der aufgestellten, nach dem Folgenden zu bejahenden Frage an ex numeratione ipse qui contraxit, pecuniam creditam peteret possit sich des Wortes ipse bedient. Wegen des Capitals kann der Patron qui contraxit schon selbst und zwar mit der eigentlichen Darlehnsklage (pecuniam creditam petere), wegen der stipulierten Zinsen eigentlich nur der Geschäftsführer klagen, der jenem aber die Klage cedieren muß. Nach der bisher herrschenden Auslegung geht nicht blos dieser Zusammenhang verloren, sondern man sieht auch überhaupt nicht, wie Paulus die Frage, wenn sie sich auf den Geschäftsführer als Contrahenten beziehen soll, beantwortet.

Aus allem diesem geht hervor, daß wenn Paulus in dieser Stelle gelegentlich den Satz, daß ein Darlehn gültig für einen Dritten von einem freien Menschen gegeben werden könne, mit den Worten:

> ... Plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur —

als eine Ausnahme von der sonstigen Regel der Ungültigkeit eines Contrahierens freier Personen für Dritte oder genauer und richtiger der Unmöglichkeit durch ihr zum Contrahieren gehöriges Thun (hier pecuniam mutuam dare) einem Dritten die Obligation zu erwerben anführt — was dieser Satz bleibt [1]), mag Zustimmung

---

welcher das Hauptargument des Paulus wesentlich verstärkt, erwägen diejenigen nicht, welche wie Schloßmann a. a. O. Paulus einen Vorwurf daraus machen, daß er die Auslegung, nach der in der Zinsstipulation stillschweigend die Person des Patrons als wiederholt anzusehen und sie also auch nichtig sei, eine maligne nennt, und die Stelle als Beleg für die besondere Hochachtung zu erklären suchen, welche die Römer dem Grundsatz per liberam personam obl. acquiri non potest gewidmet hätten.

[1]) Das allgemeine Princip per alium (— der Zusatz liberum heißt uns nur von dem erst iure gentium et civili eintretenden alienum ius absehen nach L. 1. §§. 3. 4. L. 4 D. de iustit. 1, 1) acquiri non posse ist nach richtiger Römischer Auffassung aus dem ius naturale abzuleiten: es wurzelt in der nothwendigen Einheit des natürlichen Individuum (animal) als Substanz mit seinen Kräften, in Folge deren es nur durch seine eigenen Kräfte (schon in der Pflanze) wachsen oder sonstwie sich vergrößern kann, und überträgt sich als obige Regel nur iure gentium, also bei dem auch des Rechts (der ethischen Unterwerfung anderer Individuen) theilhaftigen Menschen, von selbst auch auf das Rechtsgebiet, auf Erwerbe. Die uns hier vorliegende Ausnahme von derselben im Obligationenrecht ist, was man gewöhnlich nicht beachtet, schon älter als die nur berühmtere beim Besitzerwerbe, wo sie erst um die Mitte der Kaiserzeit durchdrang, und die einzige bei allen Contractsobligationen, auch denen aus Realcontract. Woher das? Bei jenen beruht die Regel per liberam personam obl. nobis acquiri non potest wieder auf der Unzertrennbarkeit der diese im Willen und Handeln (re, verbis, litteris, consensu) erzeugenden persönlichen Kräfte von der Person selbst. Scheinbar müßten die Realcontracte auszunehmen sein, in denen ja das die Obligation in der datio rei erzeugende Sächliche eben als solches von der Person getrennt ist. Aber auch beim Sachcontract ist doch die die Obligation mit erzeugende und gleichsam mit übernehmende, weil bleibende und zurückzugebende Sache an sich in die Einheit mit der Person, wie oben gezeigt, mit hineingezogen

Digitized by Google

des Dritten erforderlich sein oder nicht — ohne diese Zustimmung ausdrücklich zu erwähnen und zwar mit obligatio, nicht mit condictio, man daraus doch unmöglich einen Gegenbeweis gegen unsere Ansicht von der Nothwendigkeit der Zustimmung hernehmen kann, um so weniger als der Jurist auch in eben diesen Worten mit der Gleichsetzung pecuniam suam vel nostram, welche Ihering auch unbeachtet läßt, klar andeutet, daß er Zustimmung des Dritten voraussetzt (ohne diese könnte der Hingeber ja an dessen Sachen kein Eigenthum übertragen) und außerdem wohl in tausend Fällen gegen einen die Zustimmung des Dritten schon vorausgeht (vgl. das cottidie in L. 9. §. 8 cit.) oder wenn nicht, dadurch noch vor der Klage erfolgt, daß er das Darlehn irgendwie genehmigt, z. B. den über das Darlehn lautenden Schuldschein entgegen nimmt. Dieses führt uns auf die von Ihering S. 105, wiewohl auch von Savigny System IV. S. 123 ebenfalls unrichtig gedeutete

> L. 35. §. 2 D. de donat. (39, 5) Scaevola lib. 3 Dig. — Avia sub nomine Labeonis nepotis sui mutuam pecuniam dedit et usuras semper cepit et instrumenta debitorum a Labeone recepit, quae in hereditate eius inventa sunt. Quaero, an donatio perfecta esse videatur? Respondit, cum debitor Labeoni obligatus est, perfectam donationem esse.

Von einem Mandat an die Großmutter kann hier bei einer von ihr beabsichtigten Schenkung an den Enkel allerdings eben so wenig wie von einer genehmigenden condictio des Enkels nach dessen Tode die Rede sein; aber auch nicht von einer andern Genehmigung? Wozu denn — die Pandektisten pflegen in ihren Rechtsfällen nichts Ueberflüssiges anzuführen — die Angabe des factischen Moments instrumenta debitorum (darunter also auch des Schuldners, dem die Großmutter das Darlehn gegeben hatte) a Labeone recepit, quae in hereditate eius (der

---

und nimmt also auch an der Unmöglichkeit, die Obligation für einen Andern zu begründen, Theil. Nur beim Mutuum als Vermögensgeschäft, in dem die gegebene Quantität von Rechtswegen obligatorisch in dem Genus untergeht, ist dieses anders und daher macht es wirklich eine genau genommen schon in den Gründen der Regel selbst begründete, darum auch ältere Ausnahme. Geht das Mutuum durch geschlossene Stipulation in einen Verbalcontract über, so unterliegt dieser auch wieder der Regel. Auch diese Stipulation würde für einen Andern nichtig sein und dieser Andere nicht durch Genehmigung des in seinem Namen Gesprochenen, sondern nur durch eigene Stipulation Gläubiger werden können. L. 6 C. de inutil. stip. (8, 38 al. 39). Vgl. L. 26 D. h. t. Nicht so liegt die Sache beim Erwerbe des Besitzes, der körperlich geistigen aber factischen Herrschaft über eine Sache ohne den rechtlichen Unterschied von Vermögen und Sache, generischer und individueller Sache. Zwar wird auch dieser Erwerb passiv sächlich begründet. Aber er hält sich als Erwerb eines factischen Machtverhältnisses corporis et animi in unzertrennter Einheit gleichsam auf dem Naturgebiet der ursprünglichen Vergrößerungsregel, und da konnte nur künstlich positive Satzung utilitatis ratione mittels Zulassung der Trennung der körperlichen Thätigkeit der Bemächtigung für einen Andern von dessen animus der factischen Herrschaft für sich so, als wäre sie doch noch eine Einheit, erst spät und nach großen Bedenken die Ausnahme bewirken. Auch zeigt sich die Andersartigkeit dieser Ausnahme schon darin, daß bekanntlich in manchen Verhältnissen beim Besitzerwerb selbst Vertretung animo et corpore der freien Person angenommen wurde.

Digitized by Google

Großmutter) inventa sunt? Gegen die Vollziehung der Schenkung durch eine gültige Darlehnsgabe auf den Namen des Enkels schienen hier die Umstände zu sprechen, daß die Großmutter selbst die Zinsen stets bezogen hatte und der Schuldschein in ihrer Erbschaft vorgefunden war; dafür aber, daß sie den letzteren, wenn auch mit allen andern, bei Lebzeiten des Enkels von diesem zurückerhalten hatte, er also zunächst von diesem entgegengenommen war. Auf diesen in der Regel eine Genehmigung enthaltenden Umstand legt nun Scävola offenbar Gewicht — nicht vergessend, daß ein in dem instrumentum für einen Andern schriftlich stipuliertes Darlehn, welches hier wie in L. 4 pr. C. h. t. (4, 2) und anderwärts schon wegen der Zinsen angenommen werden muß, zwar als stipuliertes schlechthin nichtig (vgl. die vorletzte Anm.), doch aber als für ihn gegebenes nach dem oben S. 6 Gesagten im Falle der Genehmigung gültig ist. Er drückt sich aber, dem Beweisverfahren, welches allerdings auch ein Anderes ergeben konnte, nicht vorgreifend, doch vorsichtig aus: cum (mit dem Indicativ Zeitpartikel) debitor Labeoni obligatus est, perfectam donationem esse, d. h. in dem Zeitpunct, wo der Enkel die Forderung gegen den Schuldner erwarb — was im Zweifel mit dem Empfang des Schuldscheins geschah, und ohne daß darin auch der spätere Rückempfang Seitens der Großmutter etwas ändern konnte — war mit dem Darlehn auch die Schenkung gültig geworden.

Endlich soll am entschiedensten der gemeinen Meinung widersprechen das Rescript der beiden Philippus, in dem allerdings — darin hat Ihering gegen Scheurl offenbar Recht — wegen des Capitals nur von Darlehnsklagen die Rede ist,

> L. 4 C. h. t. (4, 2). Si absentis pecuniam nomine eius fenori dedisti, ac reprobato nomine mandatis actionibus experiris, praeses provinciae iurisdictionem suam praebebit. 1. Idem si cessare mandatum animadverterit, utilem tibi adversus debitorem eo actionem nomine competere non negabit.

Zum Verständniß der Stelle ist zunächst überhaupt zu bemerken, daß wie ein Sclav, dem die Verwaltung seines Peculium zugestanden ist, ein Darlehn daraus gültig gibt, welches er, wie Alles, seinem Herrn nothwendig erwirbt (L. 2. §. 4. L. 11. §. 2 D. h. t.), auch ein freier Geschäftsführer, z. B. ein procurator bonorum mit dem Gelde seines Herrn ein gültiges Darlehn machen kann, welches nur, wenn der Herr die darin liegende Veräußerung nicht zugestanden oder genehmigt hat, nach dem, was im folgenden Abschnitt zu sagen sein wird, erst mit der redlichen Consumtion der dargeliehenen Geldstücke Seitens des Schuldners in Kraft tritt. Der Contract gilt aber, wenn der Procurator selbst, d. h. nicht auf den Namen seines Herrn creditierte — was im Zweifel daraus deutlich erhellt, daß er einen Bürgen oder ein Pfand dafür sich geben ließ, da dieses ja für den Dritten, der nicht Gläubiger ist, ungültig gewesen wäre (L. 23. D. de fidei. (46, 1). L. 28. D. de pign. (20, 1) — nach gewöhnlichem Rechte nur unter den Contrahenten, d. h. für ihn als Gläubiger[1]). Der Herr könnte nur mit der ihm abzutretenden

[1]) Wie auch der Sclav oder Hausſohn mit Peculium, wenn er nicht für den Herrn oder Vater contrahiert hat, durch ſein Darlehn eine Peculiarforderung erwirbt. L. 3. §. 5 D. de in rem verso (15, 3).

Digitized by Google

condictio ex mutuo oder, wenn stipuliert war, ex stipulatu den Schuldner belangen (vgl. L. 2. C. h. t.) und nur zu Gunsten der Soldaten wurde verordnet, daß sie in diesem Falle sofort eine utilis actio haben sollten.

L. 26. D. h. t. Ulpianus: Si pecuniam militis procurator eius mutuam dedit fideiussoremque accepit[1]), exemplo eo, quo si tutor pupilli aut curator iuvenis pecuniam alterutrius eorum creditam stipulatus fuerit, actionem dari militi, cuius pecunia fuerit, placuit.

In unserer Codexstelle liegt der Fall eines vom Procurator für sich abgeschlossenen Contracts nicht vor. Er hatte, wie es ausdrücklich heißt, das Darlehn mit dem Gelde des abwesenden Herrn eius nomine gegeben. Sagt das Rescript dann weiter, der Herr habe den entstandenen Schuldposten nicht anerkannt (reprobato nomine), so kann dieses nur bedeuten, daß er in den bei Hingabe seines Geldes für ihn geschlossenen Contract nicht habe eintreten wollen, wonach dieser dann (so müssen wir urtheilen) weder für ihn, noch für den Procurator galt. Und doch — darauf stützt Ihering seine Ansicht — ist vom Mandat der Klagen aus dem verzinslichen Darlehn an den Procurator die Rede, welches doch voraussetzt, daß sie dem mandierenden Herrn ipso iure zustanden, also das Darlehn ihm sogar gegen seinen Willen blos deshalb, weil auf seinen Namen creditiert wurde, erworben war. Das hat nun wohl einen großen Schein, aber — auch nicht mehr. Nach allgemeinen Grundsätzen kann der, welcher einen aus dem Seinigen für ihn vom Geschäftsführer ohne Auftrag gemachten Umsatz nicht anerkennen will, wie hier das Darlehn, welches etwa einem unsichern Schuldner gemacht war, zwar an den Geschäftsführer selbst sich wegen Schadensersatzes halten, aber doch nur mit dem mindesten Nachtheil für diesen; er muß also, wenn er kann, ähnlich wie in dem Falle der L. 3. §. 5 D. de in rem verso (15, 3), wo der Herr ein von seinem Sclaven mit geliehenem Gelde für ihn gemachtes Darlehn nicht anerkennen will, und der L. 95. §. 10 fin. D. de solut. (46, 3), ihm doch die Klage gegen den Darlehnsschuldner abtreten, mit welchem Acte selbst er hier erst die Darlehnsobligation, also doch wieder nur mit seinem Willen, obgleich einem erzwungenen[2]) erwirbt. Kommt es aus irgend einem Grunde nicht zu einer solchen Abtretung — fügt §. 1 hinzu — so steht dem Procurator — wie in vielen ähnlichen Fällen — eine utilis actio zu[3]), d. h. mit der Fiction, daß er das Mandat der Klage erhalten hätte[4]).

---

[1]) Dieser von den Neuern gewöhnlich übergangene Zusatz erklärt sich aus dem Vorhergesagten. Nur der Gläubiger kann einen Bürgen empfangen.

[2]) Wie ähnlich z. B. der Legatar bei aufgelegtem Fideicommiß das Legat nicht gültig ausschlagen, sondern zum Behalten desselben zu dem Zwecke seine Klage dem Fideicommissar abzutreten genöthigt werden kann. L. 70 pr. D. de leg. 2. L. 8 pr. D. de leg. 3.

[3]) So versteht diesen Theil der Stelle auch Unterholzner Schuldverh. II. S. 15.

[4]) Unrichtig nach dem Zusammenhange beziehen Manche z. B. Voigt condictio sine causa S. 758 das mandatum cessare auf das Mandat zum Darlehn. — Dächte man sich dagegen den Fall, daß der, in dessen Namen das Darlehn von eigenem Gelde gegeben und empfangen wurde, gar nicht existierte, z. B. schon gestorben war, oder daß er aus irgend einem Grunde es später nicht genehmigen konnte, so würde ähnlich wie in dem Falle der L. 32 D. h. t. dem Geschäftsführer eine condictio sine causa zustehen. Unterholzner a. a. O.

Digitized by Google

Ein anderes Reſcript von Antoninus Caracalla könnte, falſch verſtanden, an der Richtigkeit der von uns vertheidigten Anſicht irre machen und iſt deshalb, obgleich von den Gegnern nicht angeführt, noch zu berückſichtigen.

> L. 3. C. de contr. et committ. stip. (8, 37 al. 38). Si cum pecuniam tuam crederes accommodato nomine Juliani stipulatio in personam eius absentis directa est, cum nihil sit actum ea verborum conceptione, intellegis superfuisse tibi rei contractae obligationem (wohl richtiger re contractam obligationem). ac propterea si pecuniam a debitore Julianus exegerit eamque solutionem ratam habuisti, habes adversus eum negotiorum gestorum actionem.

Hieße hier crederes accommodato nomine Juliani ſo viel als crederes nomine Juliani, ſo könnte man ſchließen, der Kaiſer widerſpreche damit, daß er bei der Nichtigkeit der auf den Namen des abweſenden Julianus geſtellten Stipulation mit Ulpian (L. 9. §. 4 D. de reb. cred. (12, 1), vgl. oben S. 6) ein Ueberbleiben des Realcontracts für den Darlehnsgeber anerkennt, dem Satze, daß das im Namen eines Andern gegebene Darlehn durch deſſen Genehmigung, die doch im genehmigten Rückzahlungsempfang liegt, für ihn entſtehe. Jene Ueberſetzung wäre jedoch willkürlich, um ſo mehr, als wenn der Kaiſer dieſen Sinn gemeint hätte, er auch den eigentlichen und gewöhnlichen Ausdruck dares oder mutuam dares nomine Juliani dafür gewählt haben würde. Die Worte pecuniam tuam crederes bezeichnen vielmehr an ſich ein eigenes Creditieren des Geldgebers und ſind daher auch die Worte accommodato nomine Juliani zum Folgenden zu ziehen: mit Hinzubringung des Namens des Julianus zu Deinem Geſchäft (indem es in der Schuldurkunde hieß Juliano dari oder ſelbſt stipulatus est Julianus). Alsdann behält accommodare ſeinen eigentlichen Sinn der Anpaſſung, Verwendung für etwas Hauptſächliches. Daß nachdem Julianus, der an demſelben Orte mit dem Schuldner wohnen mochte und deshalb wegen der Einziehung des Darlehns von ihm als Stipulator genannt war, das Indebitum für den Geber eingezogen hat, dieſem die actio negotiorum gestorum gegen ihn auf das für ihn Empfangene zuſteht, entſpricht deren gewöhnlichem Rechte, wovon wir am Schluſſe dieſes Abſchnitts noch ſprechen werden.

So beweiſen alſo alle Stellen das Gegentheil der neuen Anſicht und es iſt auch mit Recht geſagt worden, daß unter den beiden Erforderniſſen dieſes Contracts, Conſens und Gabe, der, welcher Gläubiger daraus werden ſoll, zwar wohl im Geben der Sachen, aber nicht auch im Conſenſe von einem Andern vertreten werden könne (Scheurl in den Jahrb. f. Dogm. I. S. 2) und daß nur darauf es ſich beziehe, wenn die Römiſchen Juriſten (L. 126. §. 2 D. de verb. obl. 45, 1) dieſen Fall als eine Ausnahme von der Regel anführen, daß man nicht durch eine freie Perſon eine Obligation erwerben könne. Hätte freilich der, welcher mein Geld auch in meinem Namen zum Darlehn gab, es doch ſtipuliert — was nur für ihn ſelbſt gültig geſchehen kann und wodurch, wie früher bemerkt (oben S. 6), das ganze Geſchäft doch formell Verbalcontract würde — ſo würde ich nur mit abgetretener Klage den Schuldner belangen können.

> L. 2 C. h. t. (4, 2). Quamvis pecuniam tuam Asclepiades suo nomine crediderit, stipulando tamen sibi ius obligationis quaesivit: quam pecuniam ut possis petere, mandatis ab eo actionibus consequeris.

Digitized by Google

Ich führe dieſes Reſcript von Antoninus Caracalla nur an, um zu bemerken, daß darin offenbar tuo nomine ſtatt suo nomine, obgleich ſo auch ſchon die Verfaſſer der Baſiliken laſen, zu leſen iſt, weil ſonſt das quamvis und tamen keinen Sinn hätte und der, deſſen Geld verborgt war, keine Klage gegen den Verborger auf Abtretung ſeiner Stipulationsklagen wegen Capitals und Zinſen haben würde. Nach unſerer Lesart iſt dieſe Klage die actio negotiorum gestorum.

So viel vom Mutuum. Ihering[1]) behauptet ſeine Meinung aber ſogar auch für die übrigen Realcontracte. Dieſe können jedoch als Sachcontracte nicht auch wie das Mutuum von einem Dritten mit ſeinen Sachen für mich, ſei es mit meiner vorausgehenden oder nachfolgenden Zuſtimmung, gültig eingegangen werden; es bleibt hier, wie für Stipulation, Kauf u. ſ. w., bei der Regel der Nichtigkeit der für einen Dritten eingegangenen Obligation nach L. 38. §. 17 D. de verb. obl. (45, 1). L 11 D. de obl. et act. (44, 7) u. ſ. w., weil bei ihnen auf Seiten des Hingebers ein in individuellen Sachen verkörpertes eigenes und beiderſeits b. f. wahrzunehmendes Intereſſe obwaltet, welches die Verpflichtung des Empfängers zur Rückgabe des Empfangenen nothwendig auf des Gebers Perſon beſchränkt. Und dieſes beſtätigen die Quellen. Am nächſten liegt uns der Pfandvertrag, zuvörderſt die dingliche Verpfändungsannahme, welche, nur als obligatio rei, dem Rechte der eigentlichen der Perſon ſelbſt folgt, geſchehe ſie durch Pactum oder durch Empfang der Pfandſache, weil ſie, wie beim Darlehn überhaupt, auch bei dem durch einen Procurator für ſeinen Herrn gegebenen mit dieſem gewöhnlich in derſelben Urkunde vereint vorkommt. Selbſt durch dieſe dingliche Pfandannahme konnte nun, nur mit einer natürlichen, gewöhnlich verkannten Ausnahme[2]) die

[1]) Indem er Jahrb. f. Dogm. II. S. 109—120 auch alle andern Realcontracte in dem gedachten Puncte dem Mutuum gleichſtellt und zwar behauptet, daß es bei ihnen auch vom Geber abhänge, durch Vornahme des dare auf den Namen eines Andern dieſem ohne ſeinen Conſens die Obligation zu erwerben.

[2]) Als ſolche auch ſchon von Ulpian (Ihering nimmt Interpolation an) in L. 11. §. 6 cit. in den Worten adeo ut ne per procuratorem plerumque vel tutorem adquiratur mit plerumque, nachher mit non semper angedeutet, vgl. auch L. 72 D. de procur. (3, 3), wo aber beſonders auch das Mutuum und Conſtitutum (L. 15 D. de constit. 13, 5) gemeint iſt. Die Ausnahme ſelbſt führt derſelbe Ulpian an in L. 21 pr. D. de pign. (20. 1): Si inter colonum et procuratorem meum convenerit de pignore vel ratam habente me conventionem vel mandante, quasi inter me et colonum convenisse videtur. Auch die Wenigen, welche darin nach Worten und Sinn der Stelle eine Ausnahme ſehen (vgl. Dernburg Pfandr. I. S. 206 Note 14), erkennen doch den Grund derſelben nicht. Er liegt offenbar darin, daß das überhaupt materiell auf der inductio beruhende Pächterpfand, ſo weit es die eingebrachten Früchte betraf, ſchon ſtillſchweigend dem Verpächter haftete (L. 7 pr. D. in quib. caus. pign. (20, 2). L. 24. §. 1. L. 53 D. loc. 19, 2) und es unnatürlich geweſen wäre, der ausdrücklichen Uebereinkunft mit einem Procurator, die doch dem Rechte des Verpächters nur dienen ſollte, auch wenn dieſe ſich zugleich auf andere eingebrachte Sachen erſtreckte (L. 32 D. de pign. (20. 1). L. 7. §. 2 D. qui pot. in pign. 20, 4) einen alterierenden, im letztern Falle die Eine Verpfändung nach der perſönlichen Seite zerreißenden Einfluß zu geſtatten. Daſſelbe muß natürlich auch beim Mietherpfande gelten. Vgl. L. 11. §. 5 in f. D. de pignor. act. (13. 7).

Digitized by Google

obligatio rei und pigneratitia in rem oder hypothecaria actio vor Juſtinian nicht von einem Procurator für ſeinen, obgleich conſentierenden Principal erworben werden. L. 11. §. 6. D. de pign. act. (13, 7). L. 2 C. per quas pers. obl. (4, 27), vgl. Dernburg Pfandr. I. S. 203 ff.: der Procurator konnte ſie gültig nur für ſich vornehmen, was dann aber auch ein eigenes Darlehn deſſelben vorausſetzte (oben S. 38), und es bedurfte der Ceſſion ſeiner Klage an den Herrn, die erſt Juſtinian in L. 2 C. cit. für unnöthig erklärte, ſo daß auch die pignoris retentio, wenn ein ſolches gegeben war, dem Herrn unmittelbar zuſtehen ſollte. Für die perſönliche Obligation und Klage aus dem Pfandcontract, wenn der Procurator durch Empfang oder Hingabe, wenn auch hier einer Sache ſeines Herrn mit deſſen Zuſtimmung den Contract abſchließt, bleibt es dagegen bei der Regel, daß ſie nur für und gegen den den Contract abſchließenden Stellvertreter eintritt. L. 11. §§. 6. 7. L. 12 D. cit. Denn mit der personalis actio in L. 2 C. cit. iſt offenbar nicht, wie Viele glauben, die pignoratitia, ſondern die condictio ex mutuo gemeint.

Eben ſo aber auch beim Depoſitum und Commodat. Wenn freilich Jemand in meinem Auftrage als Bote eine Sache bei Titius z. B. deponiert, ſo daß ich und Titius über das Depoſitum conſentieren, ſo gleicht er nur dem, der beim Darlehn meine Sachen dem Schuldner überbringt. L. 1. §. 11 D. depos. (16, 3). Deponierte er aber ſo für mich, daß der Depoſitar die Sache mir zurückgeben ſollte, ſo würde dieſes, wenn er für ſich ſelbſt gar nicht hätte contrahieren wollen, ein ungültiger Contract ſein, ſonſt aber doch nur er ſelbſt und nicht ich, etwa durch bloße Genehmigung, die Klage gegen den Depoſitar erlangen, ſondern nur durch Ceſſion, oder, wenn ich in der That der alleinige Intereſſent wäre, z. B. ein vorausgeeilter Reiſegefährte meine im Gepäck verwechſelte Sache ſo bei einem Wirth deponiert hätte, als utilis actio ſie vom Prätor erlangen können. Collat. 10, 7, 8. L. 8 C. ad exhib. (3, 42), vgl. L. 1. §. 11. L. 16. L. 26 pr. D. depos. (16, 3). Und dem widerſpricht auch offenbar nicht L. 6 C. de don. int. vir. (5, 16). Alexander ſagt hier von dem Falle, daß dem Manne gehörige Sachen auf den Namen ſeiner jetzt verſtorbenen Frau deponiert waren (depositae sunt — der Depoſitenſchein ſagte alſo wohl nicht, von wem), daß dadurch kein Eigenthumswechſel habe bewirkt werden können (man kann ja auch fremde Sachen deponieren und hier ſollte damit nur der Schein hervorgebracht werden, als gehörten die Sachen der Frau) und si donasse te uxori res tuas ex hoc quis intellegat (indem etwa bewieſen würde, der Mann ſelbſt habe dieſe Deponierung mit Ausſtellung des unbeſtimmten Scheines darüber auf ſeine Frau veranſtaltet und die Frau dann die Sachen vom Depoſitar erhalten, worin man eine Tradition des Mannes an ſie ſehen konnte) dieſe Schenkung als unter Ehegatten ungültig ſein würde. Kein Wort ſagt hier, daß nicht die Frau ſelbſt deponiert, oder wenn ein Anderer auf ihren Namen, daß ſie die actio depositi directa dadurch erworben habe und damit auch ohne ihren Willen (!) eine Schenkung an ſie vollzogen ſei, was Ihering in der Stelle findet. Deſſen übrige bloße Argumentationen übergehend, bemerke ich nur noch, daß Papinian im Falle des Depoſitum in einem Tempel (L. 31. §. 3 D. de donat. 39, 5), ut ipse solus, qui deposuit, tolleret aut post mortem domini Aelius Speratus, das zu Stande kommen einer Schenkung offenbar deshalb läugnet, weil der Deponent nach ſeinem Tode nicht mehr zu einer

Digitized by Google

Tradition conſentieren konnte. Vgl. L. 18. §. 2 D. de mort. c. don. (39, 6), wo aus demſelben Grunde angenommen wird, daß die Schuldſcheine im Eigenthum der Erbſchaft bleiben und von der Erbin vindiciert werden können, den Schuldnern aber doch eine exceptio zuſtehe, pacti, wenn ſie ſchon bei Lebzeiten der Titia deren Schenkung angenommen hatten, doli, wenn dieſes nicht geſchehen.

Betrachten wir um des nahen Zuſammenhangs willen auch noch die Darlehnsgabe bei der Vormundſchaft. Natürlich kann der conſensfähige Pupill mit Auctoritas des Tutors gültig ein Darlehn geben und namentlich ein verzinsliches auch ſelbſt oder durch einen Sclaven ſtipulieren (L. 9 pr. D. de adm. et per. 26, 7), was aber den Vormund von der Verantwortlichkeit für gute Ausleihung nicht befreit. Ohne tutoris auctoritas würde er, wenn der Empfänger nicht redlich conſumiert hätte, die Geldſtücke, woran kein Eigenthum übergegangen, vindicieren oder ad exhibendum klagen können. §. 2 I. quib. alien. lic. (2, 8). Der Vormund kann das Geld des Pfleglings vermöge ſeines Veräußerungsrechts auch allein creditieren, theils auf den Namen des Pfleglings, der dann die Forderung ſelbſt erwirbt, wenn er gleich oder ſpäter conſentiert, theils auf ſeinen eigenen, wo er bei verzinslichen Darlehnen ſelbſt ſtipuliert (L. 9 pr. L. 16. L. 46. §. 2 D. de adm. et per. 26, 7), dem Pflegling aber nach beendigter Vormundſchaft wie bei allen materiell aus ſeinem Vermögen und nur formell vom Vormunde ſelbſt contrahierten Obligationen, wenn ihm die Klage daraus nicht cediert wird, eine utilis actio mit Verſagung der directen für den Vormund zuſteht, vorausgeſetzt daß er die Ausleihung anerkennt [1]), was aber bei mehreren Ausleihungen auf Verlangen des Vormunds nur für alle geſchehen kann, ſo daß bei verſagter Anerkennung der Pflegling auch wegen der ſelbſt mit Auctoritas gemachten Darlehne ſeine directe Klage dem Vormunde cedieren müßte. L. 9 pr. L. 16 cit. L. 26 D. h. t. L. 2 D. quando ex facto (26, 9). L. 2 C. eod. (5, 39). Aus der Befugniß des Vormundes zum Beſten des Pfleglings aus deſſen Vermögen zu veräußern und der des Pfleglings, Erwerbe auch allein zu machen, alſo auch jetzt oder ſpäter zu Erwerben für ihn zu conſentieren, folgt aber auch, daß der Vormund eines Pupillen oder Minderjährigen (nicht auch der eines Wahnſinnigen, weil dieſer nicht conſentieren kann) Geld ſeines Pfleglings ſich ſelbſt auf deſſen Namen gültig zum Darlehn geben kann. L. 9. §. 7 D. de adm. et per. (26, 7) [2]). Endlich

---

[1]) Der geweſene Tutor kann ſich dabei dem Pflegling oder deſſen Curator durch Creditauftrag verpflichten. Sagt davon Ulpian in L. 12. §. 15 D. mand. (17, 1): Idem ait, si tutor mandet, suscipi vel probari nomen, quod fecerat, teneri eum mandati scilicet quondam pupillo suo vel curatori eius, ſo denkt er bei suscipi nomen an ein vom Tutor ſtipuliertes Darlehn, weshalb der mündig Gewordene ſich die Klage cedieren läßt oder eine utilis actio fordert, bei probari an ein auf den Namen des Pupillen gegebenes Darlehn, welches dieſer jetzt genehmigt, dem aber auch ein von ihm oder ſeinem Sclaven ſtipuliertes oder mit Auctoritas des Tutor ſelbſt gegebenes gleich ſtehen würde, für welches er jetzt (wegen unſicherer Ausleihung) ſeine Entſchädigung mit Ceſſion der Klage an den geweſenen Vormund verlangt. Vgl. das S. 39 zu L. 4 C. h. t. Bemerkte. In beiden Fällen haftet der Vormund, wenn er die susceptio oder probatio durch Mandat auf ſich genommen hat, dem geweſenen Pupillen für Entſchädigung.

[2]) In dieſer Stelle geht wohl das sibi creditam pecuniam scribere potest urſprünglich auf den alten Litteralcontract, indem der Vormund z. B. ſeine Kaufgelderſchuld

Digitized by Google

würde aber der Vormund auch, wie jeder Dritte, mit eigenem Gelde auf den Namen des Pfleglings, wenn dieſer nur zuſtimmt, auch ein für dieſen gültiges Darlehn machen können. So entſpricht der Inhalt unſerer Quellen auch in dieſem Vertretungsverhältniß ganz den gewöhnlichen Grundſätzen.

Die Natur des Darlehns als Vermögensgeſchäfts, das eben deshalb auch durch Stellvertreter mit Erwerb der Obligation und Klage für den Vertretenen eingegangen werden kann und wenn dieſes beabſichtigt worden, ſobald der Dritte nur zuſtimmt, als ein Geſchäft nicht des mit ſeiner Darlehnsgabe ihn Vertretenden, ſondern dieſes Dritten mit dem Schuldner betrachtet werden muß, hat, um dieſes ſchließlich noch zu erwähnen, auch für den Begriff der negotiorum gestio eine wichtige Bedeutung, in der es auch mit der indebiti solutio für einen Dritten übereinſtimmt. Wer in der Abſicht, die Schuld eines Dritten zu bezahlen, das Geſchuldete deſſen nur vermeintlichem Gläubiger oder dem nur vermeintlichen Procurator des wirklichen Gläubigers gibt, führt nach ſeiner Abſicht nicht ſein Geſchäft, ſondern das des Vermögens jenes Dritten, was aber objectiv nur möglich iſt, wenn der Dritte genehmigt, weil ſonſt die vorgenommene Handlung der Eigenthumsübertragung am Gezahlten das Intereſſe jenes Dritten gar nicht berührt, und er alſo die Folgen ſeiner Handlung mit ſich ausmachen muß. L. 23 (al. 22) D. de neg. gest. (3,5). Mit der Genehmigung erwirbt aber auch der Dritte die condictio indebiti gegen den Empfänger und der Stellvertreter gegen ihn die actio negotiorum gestorum. L. 82. §. 7 D. de furtis (47, 2). L. 18 D. de cond. furt. (13, 1). So würde nun auch in unſeren obigen Fällen der, welcher ohne Auftrag im Namen eines Dritten ein Darlehn gibt, mit deſſen Genehmigung, wodurch derſelbe die condictio gegen den Darlehnsempfänger erhält, zugleich dem Geber mit actio negotiorum gestorum auf Erſatz verhaftet werden, wenn auch eine ausdrückliche Stelle dafür in unſern Quellen ſich nicht ſollte nachweiſen laſſen. Vgl. jedoch über L. 2 C. h. t. das oben S. 41 Geſagte. Auch hier würde aber von Sachcontracten keineswegs daſſelbe gelten. Wer als Stellvertreter Namens eines Andern ſeine eigene Sache commodierte oder deponierte, würde auch wenn jener ratihabierte, ihm weder die actio commodati erwerben, noch eine actio negotiorum gestorum gegen ihn erlangen. Anders allerdings mit der Pfandgabe für ihn als Schuldner, die aber auch ſchon unabhängig von deſſen Genehmigung und nicht für die actio pignoratitia directa, ſondern wegen der obligatio rei für ihn, wenn ſie ihm nützlich war, eine Führung ſeines Geſchäfts enthielte.

Die behandelten Stellen ſprechen ſämmtlich von Geldbarlehn, aber wohl nur wie in der Regel alle das Darlehn betreffenden Stellen, weil es weitaus das gewöhnliche iſt. Es iſt nicht erſichtlich, warum nicht auch ein Darlehn in andern Sachen eben ſo zu beurtheilen wäre, da es eben ſo wohl Vermögensgeſchäft, aber auch Conſens erfordernder Contract iſt.

Ein anderer dem bisher behandelten ähnlicher Fall, wo der Darleiher nicht

---

an den Vater des Pupillen auf dieſen mit deſſen Zuſtimmung tranſcribieren kann, das seque mutua pecunia poterit obligare sibi mutuam proscribendo (ſchwerlich richtig perscribendo in den Ausgaben) auf das Darlehn durch Entnahme aus dem Vormundſchaftskaſten, die er nur redlich und für jedermann kundbar (vgl. Dirkſen manuale v. Proscribere §. 1) im Caſſabuch und in der Rechnung zu vermerken hat.

Digitized by Google

durch Tradition von Sachen ſeines Eigenthums, aber aus ſeinem Vermögen und darum doch gültig darleiht, iſt der von ihm hingegebener fremder erſt durch den Verbrauch in das Vermögen des Empfängers gelangender verbrauchbarer Sachen. Weil er aber genau mit Erſcheinungen zuſammenhängt, wo auch auf Seiten des Darlehnnehmers Empfang in ſein Vermögen, wiewohl nicht in ſein Eigenthum zum Darlehn genügt, beſprechen wir ihn zur Vermeidung von Wiederholungen erſt im folgenden Abſchnitt.

VI.

Erforderniß der Hingabe in das Vermögen des Darlehnſuchers.

2. Auch das folgt aus der Natur des Darlehns als eines Vermögensgeſchäfts, daß es nicht nothwendig wie die realen Sachcontracte durch die Tradition (bei der Fiducia durch die Mancipation oder in iure cessio) als ſolche entſteht, ſondern durch die Vermögensvermehrung des Empfängers, hinſichtlich deren bei gegebenen Sachen es für den dazu in der Regel erforderlichen Eigenthumserwerb gleichgültig iſt, ob er durch die Tradition, für welche das Darlehn die iusta causa bildet, unmittelbar und ſofort bewirkt wird, wie bei gegebenen eigenen Sachen des verfügungsfähigen Hingebers oder wie bei gegebenen fremden, aber doch in gutem Glauben beſeſſenen durch eine andere einſeitige Verbrauchshandlung des Empfängers, wozu er dieſen durch die Tradition aus ſeinem Vermögen nur in Stand ſetzt; denn auch da geſchieht die Vermögensvermehrung des Empfängers contractlich facto eius, des Darleihers. L. 19. §. 1 D. h. t. Und endlich bedarf es, wenn nur die Vermögensvermehrung um die Darlehnsſachen auf andere Weiſe möglich iſt und geſchieht, auch gar keiner Tradition und Eigenthumsübertragung an den Darlehnsempfänger.

Bleiben wir zuerſt bei der Gabe fremder Sachen ſtehn, ſo würde bis zu der erwähnten Handlung das bisherige Eigenthum des Dritten bleiben, der ſeine Sachen alſo auch vindicieren kann, und noch kein Contract entſtanden ſein, unter Umſtänden ſelbſt nicht inchoative, wie ſonſt z. B. durch einen bedingten Contract, und wie bei einer Zahlung mit fremden noch vorhandenen Geldſtücken, wo der Gläubiger, wenn er die allerdings noch unbezahlte Schuld einklagte, mit doli exceptio zurückgewieſen wird. L. 94 pr. D. de solut. (46, 3). So würde, wenn Jemand im Namen eines, was er nicht wußte, ſchon verſtorbenen Abweſenden ein Darlehn mit fremden Sachen, deren Eigenthum er nachher erworben, gemacht hätte und ſie vindicierte, ihm keine doli exceptio aus der Hingabe derſelben, die ja nicht ex causa mutui für ſein Vermögen geſchehen iſt, entgegengeſetzt werden können, wie dieſes allerdings der Fall wäre, wenn z. B. der Verpfänder einer fremden Sache ſie nach Erwerb des Eigenthums vom Gläubiger vindicierte. Eben ſo wenn die Genehmigung des Abweſenden durch deſſen ſpätern Tod und damit das Darlehn ſelbſt unmöglich geworden wäre.

Die einſeitige Handlung des Empfängers auf Grund der Hingabe zum Dar-

Digitized by Google

lehn könnte nun zunächst doch Eigenthumserwerb, nehmlich Usucapion auf den Titel pro suo sein, zu der auch die Tradition, auf die sie deshalb zurückgeführt wird (L. 7. §. ult. D. pro empt. 41, 4) in Stand setzt. Wenn sich für deren Gleichstehn in ihren Rechtswirkungen mit anfänglicher Eigenthumsübertragung an eigenen Sachen durch Tradition nur bei andern Geschäften Belege in unseren Rechtsquellen finden, die aber eine analoge Anwendung auf das Darlehn durchaus gestatten [1]), so erklärt man dieses mit Recht [2]) daraus, daß die Usucapion gewöhnlich nur bei unverzehrbaren Sachen vorkommt, beim Darlehn dagegen, weil es zum Verbrauch gegeben wird, meist ein anderer viel leichterer Vorgang die Sachen in das Vermögen des Empfängers bringt. Diese haben nehmlich, obgleich sie nicht Früchte (wenn auch vielleicht, wie Wein, Oel, Getreide gewesene Früchte), sondern Hauptsachen sind, doch eben als generisch obligierend zum Verbrauch gegebene Sachen darin die Natur der Früchte [3]), daß wenn der Geber fremde, seien es auch selbst gestohlene Sachen [4]) zum Darlehn gibt, sie, sobald sie vom Empfänger in gutem Glauben verbraucht (consumiert) sind, ihn von da ab ex mutuo verpflichten [5]),

---

[1]) Liberation und im Falle einer erfüllten Nichtschuld condictio indebiti, wenn die zur Erfüllung gegebene fremde Sache nachher vom Empfänger usucapiert ist. L. 60 D. de solut. (46, 3). L. 47. §. 1 D. mand. (17, 1). L. 15. §. 1 D. de cond. indeb. (12, 6). Selbst vertretbare Sachen, wie Geld, erwähnt L. 67 D. de iure dot. (23, 3).

[2]) So schon z. B. Schilling Institut. §. III. §. 266 Note n.

[3]) Auch schon eine Uebertragung des Rechts der eigentlichen Früchte nach ihrem Begriff zur Consumtion (frui) bestimmter (Neben)-sachen ist die auf die Jungen von Thieren. Vgl. die Abhandlung zur Lehre vom Fruchterwerbe im Archiv f. civ. Pr. LXIII. S. 444 ff. Aber die Früchte bleiben auch in dieser Ausdehnung noch immer ein rein sachenrechtlicher (durch das Verhältniß zu einer Hauptsache bestimmter), die wäg-, zähl-, meß- und zugleich verbrauchbaren Dinge des Darlehns sind ein vermögensrechtlicher Begriff.

[4]) Da für verbrauchbare Sachen auch deren auf ihrer Individualität beruhender und nur die Usucapion ausschließender Charakter als furtivae durch den Verbrauch ebenfalls untergeht und daher gleichgültig wird. L. 13 pr. D. h. t. L. 78 D. de solut. (46, 3). Unterholzner Schuldv. II. S. 12 Anm. i läugnet die condictio des Darlehngebers, wie es scheint, für entwendete Sachen überhaupt; aber vgl. L. 19. 78 D. de solut. (46, 3). Wollten manche Griechen (Dorotheus, Thaleläus) und die Glosse (Joannes Bassiani) zu L. 13 pr. h. t. selbst dem darleihenden Diebe — und dazu macht sich hier auch jeder die Sache hingebende malae fidei possessor — die condictio ex mutuo (anstatt dem Eigenthümer die sine causa vgl. L. 11. §. 2 D. h. t., auf welche die L. 13 pr. D. eod. in Ulpians Werke selbst unmittelbar folgte) gegen den Consumenten zugestehen, so widerstreitet dieses, wie Stephanus (Basil. 23, 1, 13 T. II. p. 607) mit Recht bemerkt, dem Princip, daß dem Diebe aus seinem Delict überhaupt keine Klage oder Verbesserung seiner Rechtslage erwachsen kann. L. 12. §. 1 D. de furt. (47, 2). L. 134. §. 1 D. de R. J. (50, 17). Anders allerdings, wenn der Diebstahl vom Diebe schon vergütigt ist. L. 94. §. 2 D. de solut. (46, 3) mit Mommsens Verbesserung.

[5]) Wohl nur wegen dieses abweichenden Zeitpuncts der eintretenden Verpflichtung gaben die Griechen hier der Darlehnsklage den besondern Namen ὁ ἀπὸ καλοῦ δαπανήματος κονδικτίτιος, woher der moderne actio de bene depensis zu stammen scheint. Erst mit der Zeit machte man daraus eine eigene Klage oder nahm eine condictio sine causa an. Glück Pand. XII. S. 38. Heimbach Creditum S. 206 ff. Voigt condictio s. c. Note 704. Bestimmt vertritt aber die richtige Ansicht, das συστῆναι τὸ δάνεισμα

Digitized by Google

geſchehe die Conſumtion natürlich, wozu auch die Aufhebung derſelben als beſonderer Sachen in oder mit einer andern gehört (Theoph. 2, 1, 26), oder durch ununterſcheidbare Vermiſchung mit gleichartigen eigenen, welche jede Klage des Dritten ausſchließt (L. 78 D. de solut. 46, 3), oder durch Veräußerung im Intereſſe ſeines Vermögens. L. 13 pr. §. 1 L. 19. §. 1 D. h. t. L. 56. §. 2 D. de fideiuss. (46, 1). Eben ſo, wenn der Darlehnsgeber nicht veräußerungsfähig war, wo nur die condictio sine causa eintritt. Auch gelten dieſe Grundſätze vom redlichen Verbrauch vertretbarer Sachen für andere Vermögensgeſchäfte. §. 2 I. quib. alien. (2, 8). L. 11. §. 2. L. 12. L. 19 §. 1 D. h. t. L. 29 D. de cond. ind. (12, 6). L. 24 pr. §§. 1. 2 D. de obl. et act. (44, 7).

Aber, möchte man einwenden, wie verträgt ſich dieſer Fall des Mutuum damit, daß es auch aus dem Vermögen des Darleihers ſtammen muß? Freilich waren die gegebenen Sachen nicht durch Eigenthum im Vermögen des Darleihers. Und dennoch! Es iſt hier nehmlich in Erinnerung zu bringen, was ich in Beziehung auf Junge von Thieren ausgeführt habe (Zur Lehre vom Fruchterwerb im Archiv f. civ. Pr. LXIII. S. 454 fg.), daß ſie, an ſich Hauptſachen, doch zugleich durch Conſumtion in gutem Glauben Seitens des b. f. possessor für ſein Vermögen die Natur von Früchten annehmen und daß die Römer dieſes Machtverhältniß desſelben zu ihnen, ſie ſo verbrauchen zu können, im Unterſchiede vom Eigenthum pertinere ad eum nennen. Eben dieſe Stellung und Natur haben nun auch die verbrauchbaren generiſchen Sachen beim Darlehn, ſo daß ſie, an ſich zwar auch Hauptſachen, ſobald ſie von ihrem Beſitzer zum Verbrauch gegeben werden, wie dieſes im Mutuum als Creditum geſchieht, mit dieſem Verbrauch, deſſen Recht alſo der Hingeber allerdings auch aus ſeinem Vermögen, zu dem ſelbſt alle b. f. possessa gehören (L. 49 D. de verb. sign. 50, 16), auf ihn übertragen hat, in ſein Vermögen übergehn.

Wenden wir uns nun aber zur Seite des Darlehnempfängers, ſo wird es ſchon aus dieſem Falle klar, daß es ungenau iſt und auf der Verkennung der

---

durch die Conſumtion, ſchon Theoph. 2, 8, 2. Praktiſch wichtig iſt ſie namentlich für das SC. Macedonianum. Hieher gehört übrigens auch die von Heimbach S. 196 nicht genügend erklärte L. 13. §. 1 D. h. t. In dieſer Stelle wird gefragt: wie wenn der Empfänger das fremde Geld in verſchiedenen Abſätzen conſumiert hat? Kann der Hingeber die conſumierten Theile mit beſondern Klagen (innerhalb derſelben Prätur, ohne die exceptio litis dividuae fürchten zu müſſen (Gai. 4, 122) — was Tribonian geſtrichen hat) condicieren? Papinian entſcheidet: nur dann, wenn der Darlehnsgeber deshalb die Theilklage anſtellt, weil er, dem mitgetheilt worden, daß die geliehenen Geldſtücke fremde geweſen, auch erfahren habe, daß der Empfänger erſt einen Theil derſelben verwandt habe. Mit Recht, denn an ſich war hier das Darlehn nach Abſicht der Parteien, da der Geber das Ganze in der Meinung durch die Hingabe ſofort darauf zu verpflichten auf einmal gab, nur Ein Geſchäft und bleibt es, wenn auch die redliche Conſumtion des fremden Geldes theilweiſe erfolgt; es verliert aber für den Geber ſelbſt dieſe Einheitlichkeit, wenn er erfährt, daß das Geld fremdes geweſen, das alſo erſt wenn und ſo weit es redlich conſumiert worden, Darlehn wird, und er hat guten Grund blos den, wie er auch erfährt, erſt conſumierten Theil zu condicieren, weil es nun für das Uebrige ganz ungewiß und von einem Moment auf Seiten des Empfängers abhängig iſt, ob es auch Darlehn werden wird.

Digitized by Google

Natur des Darlehns als Vermögensgeschäfts beruht, wenn man sagt, es erfordere stets Eigenthumserwerb des Darlehnempfängers. Zwar entsteht hier die Darlehnsobligation nicht schon durch die Uebergabe der fremden Sachen, obgleich sie auch schon als b. f. possessa in sein Vermögen kommen; denn das Mutuum erfordert völliges Aufgehn im Vermögen des Empfängers, welches bei Fortdauer fremden Eigenthums an ihnen nicht möglich ist. Es bedarf erst der aneignenden Consumtion. Da aber an natürlich verbrauchten d. h. individuell vernichteten oder doch der Nachweisbarkeit beraubten Sachen kein Eigenthum (im letzteren Falle wenigstens keines mit individuellen Wirkungen) möglich ist, so konnte auch z. B. an den fremden dargeliehenen, vom Empfänger zu seinem Nutzen vermahlenen Körnern, von ihm verzehrten Weine oder vermengten Geldstücken kein Eigenthum für ihn entstehen [1]) — im letzten Falle wenigstens kein erkenn- und vindicierbares, was praktisch auf dasselbe hinausläuft — wohl aber ging alles dieses durch den Verbrauch generisch obligierend eben so völlig und dauernd, wie durch Eigenthum, in das Vermögen über, welches damit eben so viel Anderes derselben Art ersparte oder bei vermengten Sachen um so viel größer wurde — pecunia u. s. w. in rem tuam (meam) versa est L. 12 pr. D. h. t. L. 24 pr. D. de obl. et act. (44, 7) oder ad te pervenit L. 19 §. 1 D. h. t. sagten davon auch die Römer, entsprechend dem fructus consumptos b. f. possessor suos (d. h. sui patrimonii) facit oder lucratur. (Archiv für civ. Pr. LXIII. S. 445.) Nur dieses verlangt aber das Darlehn als Vermögensgeschäft. Eben so wenn der Empfänger das Empfangene, sei es Geld oder andere Darlehnssachen, durch Veräußerung zum Besten seines Vermögens redlich verbraucht, z. B. Geld zur Bezahlung einer Schuld oder zu einem Darlehn, wo er nach richtiger Meinung in diesem Verbrauch zwar Eigenthum überträgt und damit sein Vermögen um dessen Betrag eben so wie im vorigen Fall vermehrt, aber selbst doch kein Eigenthum erwirbt, weil der Verbrauch erst mit dem Eigenthumserwerb des

---

[1]) Auch manche Neuere (vgl. Schilling Instit. III. S. 230 Note n) verkennen nicht, daß hier von einem Eigenthumserwerb nicht die Rede sein kann und es mag dieses auch auf die Annahme einer besondern actio de bene depensis mit eingewirkt haben. Den rechtlichen Zusammenhang macht man sich aber nicht klar. Unmöglich kann man namentlich mit Heimbach Creditum S. 197 den Grund der gegen den Darlehnsempfänger fremder Sachen nach dem Verbrauch zulässigen Condiction in einer Erweiterung der Grundsätze vom Eigenthumserwerbe finden. Diese wäre doch nur durch die Annahme des Erwerbes des Eigenthums an einer nicht mehr existenten (beim Verbrauch durch Veräußerung an einer in demselben Moment schon von einem Andern erworbenen) Sache d. h. eines Undings denkbar. Dagegen enthält die Vergrößerung des Vermögens durch eine untergegangene Sache um deren generischen Betrag nichts Unmögliches, da es überhaupt nicht in einem concreten Einzelrecht z. B. Eigenthum an diesem Betrage besteht. Beim Verbrauch durch Veräußerung würde jene falsche Begründung auch leicht zu dem Irrthum verführen, daß wenn z. B. die erborgten Geldstücke oder 100 Pfund Goldes etwa in Barren einem Dritten verpfändet waren und noch erkennbar bei dem, an den der Darlehnsempfänger veräußert hatte, existierten, das Pfandrecht daran fortdauere, wie bei jedem sonstigen Erwerbe des Eigenthums der Pfandsache durch einen Dritten, während das Pfandrecht als eben so wohl concretes Recht an der individuellen Sache, wie das Eigenthum, auch gleich diesem durch den Verbrauch in der Veräußerung untergehen muß.

Digitized by Google

Andern, der den ſeinigen ausſchließt, ſich vollzieht[1]). Dagegen kann zwar die Aeußerung Julians über das von einem Pupillen ohne ſeinen Vormund, dann aber auch über das fremde zum Darlehn oder zur Bezahlung einer Schuld gegebene Geld zu ſprechen ſcheinen L. 19. §. 1 D. h. t.

> Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit aut solvendi causa dederit, consumpta pecunia condictionem habet vel liberatur non alia ratione, quam quod facto eius intellegitur ad eum, qui acceperit, pervenisse: quapropter si eandem pecuniam is, qui in creditum vel in solutum acceperat, alii porro in creditum vel in solutum dederit, consumpta ea et ipse pupillo obligatur vel eum a se liberabit et eum, cui dederit, obligatum habebit vel se ab eo liberabit. nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum eum, qui acceperit: item qui in solutum dederit, liberabitur ab eo qui acceperit.

Nimmt man nehmlich hier[2]) das erſte consumpta ea ganz eben ſo wie das vorhergehende consumpta pecunia in dem Sinne: „wenn das Geld nachher vom Empfänger verzehrt iſt“[3]), ſo würde der von Julian hinzugefügte Erfolg erſt eintreten, wenn der zweite Empfänger (zum Darlehn oder zur Schuldtilgung) conſumiert hätte. Schon die Baſiliken 23, 1, 18 p. 615 geben aber die Stelle ſo wieder, daß ſie dem Conſumieren des erſten Empfängers (man denke: durch Anſchaffen von Bedürfniſſen Zug um Zug oder durch Vermengung mit anderem Gelde) deſſen Hingabe zum Darlehn oder zur Bezahlung gleichſetzen (. . . καὶ ἡ δαπανήσω τὸ δοθέν ἢ ἑτέρῳ δανείσω ἢ καταβάλω εἰς χρέος), ſo daß auch im letzteren Falle ſofort beide Darlehne oder beide Solutionen in Kraft treten, und dieſes kann doch auch Julian gemeint haben, wenn man, wie die Sprache eben ſo wohl geſtattet, das zweite consumpta ea überſetzt: womit oder da damit das Geld conſumiert iſt. Jedenfalls aber paßt dazu ſchon äußerlich angeſehen beſſer 1) daß nach dem Eingang der Stelle doch ſchon die Conſumtion des vom Pupillen gegebenen Geldes — man kann da doch nur verſtehen: Seitens des Empfängers — für den Pupillen den Vortheil der erlangten condictio oder liberatio haben ſoll und das qua-

[1]) Es liegt darin nur ein ſcheinbarer Widerſpruch gegen die Regel der L. 20 pr. D. de acqu. rer. dom. (41, 1). Denn ſein das Eigenthum des Andern erzeugendes Verbrauchsrecht iſt als Vermögensrecht ein höheres als das fremde Eigenthum, wie das ius ac potestas in capite libero des veräußernden Vormunds ein höheres als das Eigenthum ſeines Mündels.

[2]) Ganz dieſelbe doppelte Erklärung läßt bei zum Darlehn empfangenem fremden Gelde, welches dann zur Dos gegeben wird, das consumptis his in L. 81 D. de iure dot. (23, 3) zu.

[3]) So nehmen es einige Byzantiner in Basil. 23, 1, 18 und 29, 1, 77. Tom. II. p. 616 seq. III. p. 426 Heimb. Ebenſo Heimbach Creditum S. 200 mit Anführung des Grundes, daß das zweite consumpta ea nach nam omnino dieſen Sinn erheiſche. Doch ſcheint das letztere mir ohne Zwang auch ſo verſtanden werden zu können, daß es die Conſumtion des darlehnsweiſe gegebenen fremden Geldes ganz allgemein (omnino) bezeichnet, ſowohl die, welche ſchon in der Hingabe des ſchon ebenſo empfangenen Geldes zum Darlehn liegt, als auch die (irgend welche) Seitens deſſen, der nicht ſchon ſo empfangenes fremdes Geld zum Darlehn erhalten hat.

Digitized by Google

propter, welches nach dem Zusammenhange zunächst blos ein Beispiel, wie das erwähnte consumere pecuniam geschehen könne, angeben soll, seine dafür aus dem Vorigen gezogene Folgerung nur nach unserem Verständniß richtig zieht. 2) Der von Julian früher angeführte Grund quod facto eius (des Pupillen, wenn dieses factum eben auch nur als bloße Thatsache in Betracht kommt, die den Empfänger zur Consumtion in Stand setzte) intellegitur ad eum, qui acceperit, pervenisse, der doch nicht bis zum zweiten Empfänger reicht, an welchen zwar nicht ohne, aber doch nicht durch die Handlung des ersten, sondern durch die des zweiten Gebers das Geld gelangt ist. Noch mehr spricht aber die Natur der Sache, da Ausgeben des Geldes zum Darlehn oder zur Schuldentilgung unläugbar ein Verbrauch desselben ist, für unser Verständniß der Stelle. Julians Entscheidung würde sonst auch ganz principlos dastehen. Denn warum soll, wenn nicht schon die Consumtion überhaupt, d. h. die erste des ersten mit dem Gelde beliehenen oder bezahlten Empfängers, gerade die des zweiten und nicht etwa erst die des dritten oder vierten die gedachte Wirkung für den Pupillen haben?

Die Natur der Sache müssen wir aber schon deshalb mitsprechen lassen, weil die Aussprüche unserer Quellen offenbar noch mehrfache Zweifel übrig lassen. Schon die Stelle Julians erwähnt nicht, was doch nach andern nothwendig ist, daß die Consumtion bona fide geschehen sein müsse. Alle Stellen sprechen ferner vom Gelde — worauf daher Manche auch dieses Recht beschränken — ohne aber doch zu sagen, daß davon hier etwas Besonderes gelte. Endlich wird auch der Begriff des consumere nicht näher entwickelt [1]). Geben des Geldes zum Darlehn oder zur Bezahlung einer Schuld sind doch an sich auch nur die am häufigsten vorkommenden Verwendungen. Wie also mit dem Geben zur Bestellung einer Dos, zu einer Schenkung u. s. w.? Nach der Natur der Sache, d. h. des Darlehns als Vermögensgeschäfts werden wir das vom Gelde Gesagte auch auf andere Darlehnssachen beziehen und ein consumere, in rem vertere auch in allen anderen Verwendungen im erlaubten Interesse des Empfängers, also im bloßen Gegensatz zum perdere erkennen müssen.

Einen andern Fall gültigen Darlehns ohne Eigenthumserwerb des Erborgers gibt man wohl allgemein, wenn auch aus irrigem Grunde [2]) zu, wenn nehmlich nicht jenem selbst, sondern mit seinem Willen einem Andern das Eigenthum verschafft wird. Darauf ist auch am einfachsten in unsern Quellen L. 4. C. ad SC. Vell. (4, 29) vgl. mit L. 2. §. 1 D. eod. (16, 1) zu beziehen, wenn unter den Fällen der Intercession einer Frau neben dem, wo sie eine schon bestehende fremde Obligation auf sich überträgt, auch erwähnt wird: sive, cum alius pecuniam (das Darlehnsgeld) acciperet, ipsa se ab initio ream constituit. (In den hinzugefügten Worten quod et in rerum earum pro aliis obligationibus admissum est, ist vermuthlich aliarum (außer Gelde) statt earum zu lesen [3]).) Natürlich

[1]) In wie verschiedenem Sinne übrigens dieser Ausdruck in den Quellen vorkommt, darüber vgl. Windscheid Pand. §. 186 Note 16.

[2]) Windscheid Pand. §. 370 mit Note 12, der dieses aus unrichtiger Deutung der verderbten L. 9. §. 8 D. h. t. ableitet. S. oben S. 31.

[3]) Wegen rerum obligationibus für Darlehne vgl. Gai. 3, 131, wo auch diese Parallelstelle für den Genitiv zu sprechen scheint. Die letztere selbst ist in den ältern Ausgaben des Codex vielfach verderbt worden.

Digitized by Google

kann aber der Entleihende auch ohne Interceſſionsabſicht im eigenen Intereſſe durch die nach ſeinem Verlangen einem Andern gegebene Quantität verpflichtet werden, z. B. ſeinem Gläubiger, wo in der Befreiung von ſeiner Schuld, oder dem, dem er ſelbſt leihen will, wo in der Erlangung der Darlehnsobligation gegen dieſen die versio in rem liegt[1]). Denn für das Vermögen (L. 49 D. de verb. sign. (50, 16) iſt es gleichgültig, in welcher Geſtalt ihm der in der Darlehnsſumme liegende Vortheil gewährt wird.

Daher wird auch in dem — von den Neueren meines Wiſſens ganz übergangenen — Falle ein Darlehn contrahiert, wo nach Vereinbarung mit dem darum Angegangenen dieſer einem Dritten, z. B. ſeinem Schuldner aufgibt, dem Darlehnsſucher ſich in einer Stipulation — bei uns etwa durch einen ausgeſtellten Eigenwechſel — auf dieſen Betrag zu verpflichten und dieſes geſchieht, worauf das, was weiter aus der obligatio ex stipulatu wird, für die entſtandene Darlehnsobligation gleichgültig iſt. Denn die Vermögensvermehrung durch ein ſtrictes Forderungsrecht hat dieſelbe Macht, wie die durch gegebenes Eigenthum. Von dieſer Anſicht geht offenbar Celſus aus in L. 32 D. h. t.

> Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti etc.

Nur alſo aus dieſem Grunde des Irrthums über die Perſon des Darleihers bezweifelt und läugnet Celſus das Zuſtandekommen des Darlehns durch die promissio, nach deren Geſchehen er weiterhin ſelbſt noch ausdrücklich ſagt pecuniam tibi credidi — wenn es nur mit meinem Conſenſe geſchehen wäre — nicht deshalb, weil der Darlehnsſucher ſtatt Geldes nur eine Geldforderung dieſes Betrages erhalten hätte. Blos aus Befangenheit in dem hergebrachten Darlehnsbegriffe denkt man ſich gewöhnlich bei dieſem promittere gegen den Text und juriſtiſchen Sprachgebrauch nur die Zuſage des Dritten, das Geld für das zu contrahierende Darlehn zahlen zu wollen, oder, wenn auch dem Texte zu Ehren eine wirkliche promissio auf vorgängige Stipulation, doch dieſe nur als vorläufige Vinculierung des debitor iussus zu jener Zahlung, ſo daß doch das Darlehn erſt mit der Zahlung zu Stande käme, von der aber der Text kein Wort ſagt, und wobei das doppelte große Bedenken entſteht, daß 1) der ums Darlehn Angeſprochene die Aufopferung aus ſeinem Vermögen dazu durch die Delegation ſeines Schuldners gemacht hätte, ohne weiter ein Mittel in Händen zu haben, den Delegatar nun auch wirklich zu ſeinem Darlehnsſchuldner zu machen und 2) daß man die Möglichkeit nicht einſieht, wie die Zahlung des Delegaten an den Delegatar, die er doch in ſeinem Intereſſe, um ſich zu befreien, aus ſeinem Vermögen macht, zugleich nach L. 9. §. 8 D. h. t. (oben S. 30) als aus dem Vermögen des Deleganten geſchehen angeſehen werden könnte[2]). Vielmehr aber iſt das Darlehn als Vermögensgeſchäft zu Stande ge-

---

[1]) Vgl. L. 7. §. 14. 12 D. de SC. Mac. (14, 6) L. 3. §. 5 D. de in rem verso (15, 3). Dafür auch Präjudicien. Striethorſt Archiv XXXV. S. 277. Entſch. des R.D.H.G. V. S. 424.

[2]) Glück Pand. XII. S. 25 und ſo auch die Spätern Voigt Archiv f. d. civ. Praxis LIV. S. 73 ff. Richelmann Einfluß des Irrthums S. 28 ff. Zitelmann Irrthum u.

Digitized by Google

kommen, indem der Darleiher zwar nicht um das Eigenthum von so viel Geldstücken, aber um die Forderung gegen seinen delegierten Schuldner oder, wenn der Delegierte ihm nichts schuldig war, um eine Obligation zu diesem Betrage in dem Mandatsregreß desselben gegen ihn sein Vermögen verminderte und der Empfänger in derselben Weise das seinige um die Geldforderung vergrößerte. Auch wende man nicht ein, daß wenn durch die Stipulation des Darlehnsuchenden von dem vom Darleiher zur Promission aufgeforderten Schuldner das Darlehn zu Stande komme, nicht abzusehen sei, warum es nicht auch gleich durch eine Promission des Darleihers selbst geschlossen werden könne, gleichwie die Dotalobligation nicht blos durch dare, sondern auch durch promittere dotem begründet wird. Und doch läugnet Paulus in L. 2. §. 3 D. h. t. eben im Vergleich mit der Dotierung durch promittere, die nur auch ein credere (im allgemeineren Sinne) sei, ein eben so zu Stande zu bringendes Mutuum, weil es dann am proficisci pecuniam fehle. Diese ganze Frage gehört eigentlich in einen spätern Abschnitt (s. unten Abschnitt VII). Doch bemerken wir schon hier, daß im Falle dieses eigenen promittere für die im Mutuum als vermindert und vermehrt einander gegenüber stehenden Vermögen aller Unterschied zwischen einer re und verbis contracta obligatio, die einander doch ausschließen, aufgehoben würde, was, wenn eine andere promittierende (oder wie in L. 19. §. 5 D. ad SC. Vell. (16, 1) stipulierende) Person dazwischen tritt (reus datur), nicht der Fall ist.

Die L. 32 cit. steht übrigens als Beweis für eine andere Begründungsart der Darlehnsobligation als durch Hingabe durchaus nicht isoliert in unsern Rechtsquellen. Selbst dieselbe wie in L. 32 cit. setzt offenbar auch Ulpian voraus in

> L. 5. §. 8 D. de iure dot. (23, 3). Si filiusfamilias mutuatus creditorem delegavit, ut daret pro filia dotem, vel etiam ipse accepit et dedit, videri dotem ab avo profectam Neratius ait hactenus, quatenus avus esset dotaturus neptem suam: id enim in rem avi videri versum.

Sowohl mutuatus bezeichnet nicht[1]) den, der ein Darlehn aufnehmen will, sondern der ein solches aufgenommen hat, als auch creditor nicht den, der Gläubiger werden soll, sondern der es schon ist. Wie könnte aber der Hausſohn seinen Darlehnsgläubiger zum Geben der Dos delegieren, wenn dieser nicht durch promissio an ihn, die ihn zum Schuldner machte, es geworden wäre? Er erwirbt aber hier die Obligation aus seiner Stipulation eben so wie sonst das Geld durch

---

RG. S. 559. Ebenso, wie es scheint, auch schon Stephanus in den Basil. 23, 1, 32 Tom. II. p. 628. Heimbach Creditum S. 153 will die Stelle aus der ihr fremden Annahme erklären, daß der Delegant die Geldsumme von seinem Schuldner zum Eigenthum erhalten und dann dem Delegatar gegeben habe. Gestände man auch das erstere zu (vgl. L. 3. §. 12 D. de don. int. vir. 24, 1), wenn der iussus gegeben hätte, so sieht man doch nicht ein, warum denn die promissio einer datio gleich stehn soll. Die von ihm S. 286 zur Hülfe genommenen Fictionen sind doch ganz willkürlich.

[1]) Wie man gewöhnlich deutet, auch Salpius Delegation S. 44. Einen, der erst Gläubiger oder Schuldner werden soll, wissen die Römischen Juristen auch gar wohl mit creditor oder debitor futurus zu bezeichnen. L. 9. §. 8 D. h. t. L. 49 D. de solut. (46, 3).

Digitized by Google

die Tradition auch ſogleich als peculiare und kann delegieren, wie das Geld ſelbſt zur Dos geben, weil ſie blos, um Darlehnsſchuldner und Delegant zu einem ſeinem Vater genehmen Zweck zu werden, geſchehen iſt. Daß aber hier gerade das Darlehn als durch Promiſſion zu Stande gebracht angenommen wird, iſt aus der Rückſicht auf das SC. Macedonianum zu erklären. Vgl. L. 3. §. 3 D. de SC. Maced. (14, 6).

Ferner gehört hieher folgende Stelle Papinians, die von einem Sclaven ſpricht, dem ſein Herr nur das Geſchäft der verzinslichen Ausleihung ſeiner Gelder übertragen hat.

> L. 19. §. 3 D. de instit. act. (14, 3). — Servus pecuniis tantum fenerandis praepositus per intercessionem aes alienum suscipiens ut institorem dominum in solidum iure praetorio non adstringit: quod autem pro eo, qui pecuniam feneravit, per delegationem alii promisit, a domino recte petetur, cui pecuniae creditae contra eum, qui delegavit, actio quaesita est.

Der mit L. 8 D. quod cum eo (14, 5) zu vergleichende und übrigens, wenn man nur ſtatt des ſinnloſen institorem der Florentina mit Haloander institor lieſt, keiner Erläuterung bedürfende erſte Theil der Stelle intereſſiert uns hier nicht. Der zweite Theil, in dem die Verbeſſerung des Cuiacius cui ſtatt qui durchaus nothwendig iſt, behandelt folgenden Fall. Der von ſeinem Herrn nur mit der verzinslichen Ausleihung von Capitalien betraute, alſo ſeinem Calendarium vorgeſetzte Sclav lieh Jemandem ein Geldcapital verzinslich auf die Weiſe aus, daß er auf deſſen Delegation ihn von ſeinem Gläubiger durch Expromiſſion für die verlangte Summe befreite. Damit hat der Sclav, meint Papinian, obgleich hier allerdings eine Interceſſion durch Uebernahme einer fremden Schuld vorliegt, doch ſeine lex praepositionis, die ihn auf verzinsliche Darlehne beſchränkte, nicht überſchritten und folglich durch ſeine promissio, die nur im nothwendigen Dienſte einer ihm übertragenen Darlehnsſchließung vorkam, den Herrn mit der institoria (utilis) actio aufs Ganze verpflichtet, dem dagegen durch die Expromiſſion die Darlehnsklage gegen den Deleganten erworben iſt. Wie man ſieht, wird hier ein Darlehn ohne Hingabe von Geld ins Eigenthum nur wieder in einer andern Geſtalt der Vermögensbevortheilung, der Befreiung von einer Schuld, anerkannt. Cuiacius, der die Stelle (ad Papin. resp. lib. 3) richtig auslegt, hat leider verſäumt, allgemeine Folgerungen aus ihr zu ziehn. Analog würde alſo auch dadurch ein Darlehn zu Stande kommen, daß der Angegangene dem Sucher durch Acceptilation eine Geldſchuld des vereinbarten Betrages erließe (vgl. L. 10 D. de condict. c. d. c. n. s. 12, 4), welches Geſchäft nur in der Regel kein Intereſſe für die Parteien haben würde, weil damit nur eine Geldſchuld an die Stelle einer andern geſetzt würde. Natürlich wird es deshalb auch in unſern Quellen nicht erwähnt.

Die lange L. 19. §. 5 D. ad SC. Vell. (16, 1), in der ein ſtipuliertes Mutuum mit Vertretung der Hinzahlung durch eine Verpflichtung an den ſtipulierenden Delegatar des Darlehnſuchers vorkommt, übergehen wir, auch deshalb, weil ſie überwiegend in eine andere Materie einſchlägt. Selbſtverſtändlich iſt in allen ſolchen Fällen erforderlich, daß dem Geſchäft der animus mutui dandi et accipiendi zu Grunde liege.

Es fragt ſich aber in dieſen Fällen noch, wie ſie ſich mit der Grundidee des

Digitized by Google

Mutuum vertragen, daß durch dasselbe ein absolutes Recht des Darleihers in eine Obligation verwandelt werden soll: eine Frage, die sich auch auf den Fall erstreckt, wo fremde nachher consumierte Sachen gegeben werden oder der um das Darlehn Gebetene einen Dritten bestimmt, das Geld für ihn zu geben oder dessen für ihn geschehene Gabe genehmigt. Fehlt es doch hier überall an der Aufopferung von Eigenthum, wodurch die Darlehnsforderung gleichsam erkauft würde. Zwar bei gegebenen fremden Sachen erledigt sich das Bedenken einigermaßen schon dadurch, daß wir sie als b. f. besessene des Hingebers voraussetzen müssen (S. 46 Anm. 4) die zu seinem Vermögen gehören [1]), und was außerdem oben S. 47 über die Natur der verbrauchbaren Sachen gesagt worden ist. Gegen den ganzen Einwurf ist aber zu bemerken, daß die Natur des Darlehns als Vermögensgeschäfts uns darauf hinweist, auch jenes absolute Recht seinem Gegenstande nach nicht in den ja verbrauchbaren und damit im Genuß verschwindenden vertretbaren Sachen, sondern im Vermögen selbst zu suchen, welches zwar auch in ihnen zur Erscheinung kommt, aber nur als abstracter sächlicher Betrag. Das Recht am Vermögen als das nur den Sachen zugekehrte suum ius der Person [2]), in welcher Richtung es sich darin äußert, wie irgend etwas Sächliches erwerben, so auch über das schon Erworbene, bestehe es in welchen Rechten es wolle, verfügen zu können, z. B. durch Tradition, absichtliches Usucapierenlassen, Delegation, Cession von Klagen u. s. w., ist aber auch ein absolutes Recht. Daraus geht nun freilich hervor, — eine Stelle darüber kann ich allerdings nicht anführen [3]) — daß ein Hausſohn, weil es ihm am suum ius fehlt, ein Darlehn auch nicht in der Art machen kann, daß er einen Dritten auffordert, das Geld in seinem Namen zu geben oder sich dem Nachsuchenden auf dessen Stipulation zu verpflichten. Er hat eben sachenrechtlich dafür kein nomen, auf welches der Dritte geben oder promittieren könnte, wiewohl er diesem aus seinem Mandat mit der Mandatsersatzklage verpflichtet würde. Auch kann das nomen seines Vaters nicht in Betracht kommen, dem er zwar erwirbt, aber nicht durch eine Aufopferung aus seinem Vermögen, welche hier erforderlich ist, erwerben kann. Wer aber sui iuris ist, kann jedenfalls seinen Schuldner zur Darlehnsgabe delegieren, womit er ja über ein Recht in seinem Vermögen durch Aufgabe desselben verfügt; ob aber auch einem Andern, wo er höchstens blos z. B. aus dem Mandat verpflichtet wird? Wie es scheint, waren die Römischen Juristen darüber nicht Einer Meinung. Celsus in L. 32 D. h. t. und Africanus in L. 34 pr. D. mand. (17, 1) nennen als den dare iussus für ein zu bewirkendes Darlehn und doch wohl nicht blos beispielsweise als den gewöhnlichsten Fall, einen Schuldner des Darleihers; eben so Ulpian in der später zu betrachtenden L. 15 D. h. t. und zwar so, daß er auf die Verfügungshandlung des Deleganten in diesem Falle

[1]) L. 49 D. de verb. sign. (50, 16). Vgl. Archiv f. civ. Pr. LXIII. S. 341.

[2]) Daher zur testamenti factio, dem legare suae rei nur sui iuris esse erforderlich ist, wenn auch der Testator zur Zeit keine einzige concrete Sache im Vermögen hätte, oder seine Schulden sein Activvermögen überstiegen.

[3]) Die L. 3. §. 2 D. de SC. Maced. (14, 6) setzt doch ein Darlehn aus dem Peculium mit Administrationsbefugniß voraus. Einigermaßen kann man sich aber auf L. 9. §. 8 D. h. t. berufen, welche die Gabe der Geldstücke in meinem Namen als velut meos bezeichnet, was sie für den Hausſohn nicht sein könnten.

Digitized by Google

Gewicht legt, indem zu denken sei, daß er nur die Zahlung des Schuldners an ihn und von ihm wieder an den Darlehnssucher in Einen Act vereinigt habe. Dagegen sprechen Aristo und Julianus bei Ulpian in L. 9. §. 8 D. h. t. (wo dessen Urtheil darüber vielleicht von den Compilatoren gestrichen ist) und Paulus in L. 2. §. 4 D. h. t. ganz allgemein von einem Dritten, in Papinians Falle L. 19. §. 3 D. de instit. act. (14, 3) wird der Darleiher nur durch eine expromissio verpflichtet und in dem Respons des Scävola in L. 35. §. 2 D. de donat. (39, 5) kann sogar die Großmutter, welche auf den Namen ihres Enkels ein gültiges Darlehn gibt, da sie ihm damit schenken wollte, weder als Schuldnerin desselben noch als zu einer Ersatzklage gegen ihn berechtigt gedacht werden. Diese letztere Ansicht scheint nun, die Sache selbst angesehen, doch auch die richtigere. Denn es ist doch auch wahr, daß wer sui iuris ist, mit jedem vermögensrechtlichen Handeln, also auch dem Darlehn, in dem er sein Vermögen nur mit einer Ersatzpflicht gegen den Geschäftsführer oder einer sonstigen klagbaren Schuld oder mit der natürlichen Verbindlichkeit gegen einen Schenkgeber, wenn der für ihn Hinzahlende ihm damit ein Geschenk machen wollte, belastet, das suum ius und damit ein absolutes Recht ausübt.

Nach dieser Digression, die eigentlich den Darleiher (Nr. V) betrifft, bemerken wir schließlich für unsern Abschnitt noch, daß das Mutuum als Vermögensgeschäft auch umgekehrt nicht zu Stande kommt, wenn die generischen Sachen in verpflichtender Absicht zwar ins Eigenthum, aber nicht in das Vermögen des Empfängers hingegeben sind. So in dem Falle aus Julians Digesten in

> L. 6. §. 1 D. de neg. gest. (3, 5). Item si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione, ut creditorem tuum vel pignus tuum liberet, adversus te negotiorum gestorum habebo actionem, adversus eum, cum quo contraxi, nullam. Quid tamen, si a procuratore tuo stipulatus sum? Potest dici, superesse mihi adversus te negotiorum gestorum actionem, quia ex abundanti hanc stipulationem interposui (ganz ähnlich L. 20. §. 1 D. de in rem verso (15, 3), nur daß da die Empfänger Sclaven sind, welche das Darlehn nicht für ihr Peculium, sondern zur Verwendung in das Vermögen ihres Herrn, eines Pupillen, dessen Tutor aber auch auctoriert und dem Hingeber promittiert, aufnehmen, daher die diesem nach geschehener Verwendung zuständige Klage die actio de in rem verso ist).

Der Procurator, mit dem der Darlehnsgeber contrahiert hat, empfängt also zwar das Eigenthum der zu verwendenden Geldstücke, aber nicht für sein Vermögen und wird daher auch dem Darlehnsgeber durch den Empfang nicht verpflichtet (vgl. wegen der in rem versio oben S. 8). Wenn aber auch gegen den, für dessen Vermögen gegeben wurde, keine Darlehnsklage, sondern nur die actio negotiorum gestorum anerkannt wird, die allerdings voraussetzt, daß die Verwendung auch wie in L. 20. §. 1 cit. wirklich geschah, so beruht dieses darauf, daß er nicht consentiert hat und wenn dieses auch später geschähe, die principale Absicht des Gebers doch nach der Natur der beabsichtigten Verwendung (Befreiung von einer Schuld) auf Geschäftsführung ohne Wissen des Herrn gerichtet war, deren Klage hier eben so wie die Stipulationsklage, wenn Jemand das gegebene

Digitized by Google

Darlehn stipuliert hat, die selbständige Wirkung des letztern aufhebt[1]). Wegen jener Hauptabsicht läßt Julian auch, wenn der Hingeber den Procurator durch eine Stipulation sich ausdrücklich verpflichtet hat, doch noch die Geschäftsführungsklage neben der actio ex stipulatu zu alternativer Befriedigung zu. Ganz anders liegt der Fall in L. 4 C. si tutor vel cur. interv. (2, 25), wo der Gläubiger das Geld nicht in der Absicht, die Geschäfte des Minderjährigen zu führen, dessen Curatoren gegeben und es von ihnen stipuliert hat. Hier hat er blos gegen sie die gewöhnliche Darlehnsstipulationsklage.

Eben so ist und zwar nach richtiger Meinung ipso iure das gegebene Darlehn wirkungslos, wenn es wissentlich perdituro gegeben ist, z. B. zum Spiel und daher auch zum Verspielen[2]), oder um die Sachen Spaßes halber zu vernichten, oder um das Geld einem Hausſohn gegen das Senatusconsult darzulehnen. Dieses besagt L. 12. §. 11 D. mand. (17, 1), wo die Behauptung der Nichtigkeit eines wissentlich zu unerlaubten Zwecken übernommenen Mandats mit den Worten bestärkt wird: quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris[3]). Es würde unrichtig sein, dasselbe vom Darlehn „zu einem verbotenen Schuldzwecke" zu behaupten (so Unterholzner Schuldverh. II. S. 12)[4]), wenn damit gemeint ist, z. B. um das Geld wucherlich auszuleihen, oder es zu Bestechungen, zu Ausschweifungen, zum Ankauf einer Mordwaffe zu verwenden. Denn unmittelbar liegt in diesem Zweck kein perdere und die Grundsätze der turpis datio et acceptio beziehen sich auf Gaben zur nicht obligatorischen Bereicherung des Andern, die im Empfange zum Darlehn nicht liegt. Die Richtigkeit dieser Auffassung beweist auch, daß das Darlehn an einen Minderjährigen, der, wie der Gläubiger weiß, es zu Ueppigkeiten aufnimmt, doch für den erstern der in integrum restitutio bedarf und der Gläubiger dann nur die Rückgabe des Verschwendeten nicht fordern kann (L. 24. §. 4. L. 27. §. 1 D. de minor. 4, 4), daß auch das wissentliche Darlehn an einen Sclaven, der es zu schimpflichen Zwecken für seinen Herrn verwendet, mit der actio mutui de in rem verso eingeklagt werden kann (L. 3. §. 6 D. de in rem verso 15, 3), wie denn auch die freilich etwas anders liegende Zahlung an einen perditurus in diesem Sinne ipso iure die Schuld tilgt (L. 10.

---

[1]) Einen ähnlichen Fall, der mehr Mandat als Mutuum ist, behandelt Africanus in L. 24 D. de praescr. verb. (19, 5).

[2]) Nach den Zeitungen erkannte so (für die Nichtklagbarkeit) auch der erste Hülfssenat des Reichsgerichts am 20. Mai 1881 in einem dem Geltungsbereich des Preußischen Landrechts angehörigen Falle.

[3]) Ist das Geschäft kein Vermögensgeschäft, sondern z. B. ein Verkauf, eine Stipulation, so würde es ipso iure gelten und die Klage nur durch exceptio ausgeschlossen werden. L. 2. §. 1 D. quar. rer. act. (44, 5). Nicht unmittelbar hierher gehört übrigens L. 3. §. 2 D. de SC. Maced. (14, 6), wo die behauptete Ungültigkeit des Darlehns, welches ein Hausſohn aus seinem Peculium, dessen Administration ihm der Vater zugestanden hat, einem andern Hausſohn, also gegen das SC. Macedonianum macht, darauf gestützt wird, daß er kein Eigenthum an den Geldstücken übertrage, weil der Vater ihm mit der Administration nicht das perdere peculium gestattet zu haben scheine.

[4]) Das allgem. Preuß. LR. I. 11. §. 174 spricht zu einem verbotenen Zwecke in einem übrigens gültigen Darlehn gegebene Gelder dem Fiscus zu.

Digitized by Google

§. 6 D. eod.). Daſſelbe zeigt das Verbot der Gelddarlehne an Hausſöhne im SC. Macedonianum. Wäre das Darlehn zu ſchlechten Zwecken ſchon an ſich ungültig geweſen, ſo hätte weder im Senatsſchluß ſelbſt, der dann überflüſſig war, von dem malis moribus materiam peccandi praestare durch pecuniam credere und pessimo exemplo fenerare (L. 1 pr. D. de SC. Maced. 14, 6) die Rede ſein, noch in den Auslegungen dieſes unerwähnt bleiben können.

Daß ein Provinciale oder Einwohner der Provinz dem Statthalter kein verzinsliches Darlehn geben darf wegen der Gemeingefährlichkeit, daß er deſſen Amtswirkſamkeit dadurch von ſich abhängig macht, beruht auf ausdrücklicher ſpäterer Verordnung. L. 16 C. h. t. vgl. mit L. 34 §. 1 D. eod. und Glück Pand. XII. S. 56 ff. Ebenſo iſt das ſchon ältere Verbot der Römiſchen Kaiſerzeit ein blos politiſches, daß umgekehrt Statthalter und ihre Begleitung nicht Handelsgeſchäfte in der Provinz treiben und Gelddarlehne mit oder ohne Zinſen geben (und ſich dadurch Einfluß über die Zeit ihres Amts hinaus zum Nachtheil der Controle über dieſes verſchaffen) ſollen. L. 33. 34 pr. D. h. t. L. 3 C. h. t.[1]). Beide Verbote ſind mit der Römiſchen Reichsverfaſſung bei uns weggefallen.

VII.

Erforderniß des Empfangs in das Vermögen von auswärts her.

Als Realcontract, deſſen Verpflichtungskraft zur Zurückgabe derſelben gleichartigen Quantität ſelbſt mit Klage (causa civilis) nach ſeiner urſprünglichen Idee in der Zuwendung von Sachen in das Vermögen des Schuldners liegt, ſo daß dadurch das abſolute Vermögensrecht des Darleihers ſich in eine ſtricte Obligation gegen ihn verwandelt, erfordert das Darlehn immer einen vom Darleiher herrührenden Empfang des Gleichartigen aus deſſen Vermögen in dem ſeinigen und alſo von außen her, oder, wie Paulus ſich ausdrückt L. 2. §. 3 D. h. t .... mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia[2]), ſo daß es nicht auch, wie die Dos,

---

[1]) Vgl. dazu J. A. Ernesti de negotiat. Rom. in opusc. philolog. No. I.

[2]) Der bildliche Ausdruck pecunia proficiscitur findet ſich in den Pandekten zum Theil auch beim Darlehn noch dreimal in Stellen von Ulpian, L. 9. §. 1 D. de SC. Maced. (14, 6) — da in einem Auszug aus Julian — L. 15 D. h. t. und L. 24. §. 3 D. de reb. auct. iud. (42, 5), vgl. auch wieder vom Darlehn L. 5 C. quando ex facto (5, 39). An die profectitia dos erinnernd, welche von der Heimath aus die gleichſam auswärts in die Ehe ſich begebende Tochter begleitet, hält dieſer Ausdruck auch für das Geld das Bild der Reiſe feſt und bezeichnet theils den für das vorliegende Geſchäft beſtimmenden eigentlichen Urſprung, von dem es — in L. 9 cit. als Geſchenk, in L. 15 cit. als Darlehn — herkommt, obgleich es zunächſt von einer Zwiſchenperſon gegeben wird, theils allgemein, daß es erſt durch eine Bewegung von außen — dem Darleiher — her in das Vermögen des Empfängers gelangt. Dieſes letztere als beim Darlehn nothwendig betont für das Geld im Gegenſatz zu bloßer Verpflichtung L. 2. §. 3 cit., mehr für den Darleiher L. 15 cit. Dem Worte widerfährt nicht ſein volles Recht, wenn man es, wie Schilling Inſtit. §. 265 Note g, nur als Ausdruck für den Realcontract oder als Gegen-

Digitized by Google

durch bloße promissio des Darleihers bestellt werden kann (L. 2. §. 3 fin. cit.)[1]), wenn der Empfang auch, wie gezeigt, nur ein vermögensrechtlicher ist und daher nicht gerade in Eigenthumsempfang zu bestehen braucht, sondern dem rem dare nach Consens des Empfängers auch z. B. das reum dare oder aere alieno liberari auf die begehrte Quantität gleichsteht. An jenem pecuniam proficisci fehlt es nun nicht, wenn der zu Verpflichtende generische Sachen des Darleihers schon z. B. als deponierte im natürlichen Besitze hatte und dieser mit ihm verabredet, daß er sie für sich gebrauchen dürfe, d. h. daß sie als dargeliehene den Geber und dessen Vermögen nichts mehr angehende in Eigenthumsgestalt (von da ab, wo er animo coepit possidere) in sein Vermögen übergehen sollen (transit periculum ad eum L. 9. §. ult. D. h. t. L. 34 pr. D. mand. (17, 1), Paulus in Collat. 10, 7, 9)[2]). Mit dieser Entstehung des Mutuum ist auch das bisherige Depositum eben so beendigt und wirkungslos geworden, wie die Miethe, wenn der Miether die Sache gekauft hat[3]). Wäre diese Abrede als Nebenvertrag schon bei der Deponierung

---

satz zum bloßen Pactum versteht. Es liegt dann der Irrthum nahe, daß auch schon jedes dem ums Darlehn Gebetenen geschuldetes eigenes Geld durch Stipulation oder durch Pactum das Darlehn begründen könne.

[1]) . . . creditum autem interdum (otest esse), etiam si nihil proficiscatur, veluti si post nuptias dos promittatur: wodurch der Mann eben so wohl wie wenn ihm die Dos gegeben wäre, verpflichtet wird. So namentlich auch wenn in Dotalinstrumenten der Tochter eine Dos ausgesetzt und dem Manne z. B. vom Vater versprochen ist, wogegen jener aber bekanntlich in Ermangelung wirklicher Bestellung — also durch datio oder promissio - die querela non numeratae dotis hat. Hierauf geht offenbar in Bruns-Sachau's Syrisch-Röm. Rechtsbuch §. 126. S. 39. vgl. P. §. 46b. S. 61 und Ar. §. 57. S. 97, was aber Bruns in seiner Auslegung S. 291—294 völlig verkannt hat. Nach dem Rechtsbuch soll der Mann, wenn ihm die bei Eingehung der Ehe verschriebene Dos nicht bald darauf auf sein Verlangen wirklich voll (in der Regel durch datio wenigstens eines Theiles) bestellt ist, von dem, der sie zugesagt hat (Vater, Bruder) über das Fehlende einen förmlichen Schuldschein (chirographum, d. h. schriftliche promissio) mit Zahlungstermin (der in der allgemeinen Zusage der pacta dotalia nicht vorzukommen pflegt) fordern, wogegen er ihm eine s. g. πλήρωσις, nicht „Schuldschein", wie es in §. 46b. irrig heißt, sondern Quittung über die damit voll bestellte Dos gibt. Hat er innerhalb 5 Jahren nicht gefordert, so schließt ihn die obige Querel von der Klage (aus den Dotalinstrumenten) aus, natürlich aber nicht von der aus dem Schuldscheine, wenn ihm durch einen solchen die Dos oder ein Theil derselben wirklich bestellt war.

[2]) Mit Recht legt auch dieser nicht sowohl auf den Uebergang des dominium als auf das periculum Gewicht, welches ein vermögensrechtlicher vom Eigenthum unabhängiger Begriff ist; denn bei geschuldeten unvertretbaren Sachen trägt nicht der Eigenthümer, sondern der Gläubiger die Gefahr.

[3]) Nach der Regel in L. 15 D. depos. (16, 3) L. 45 pr. D. de reg. iur. (50, 17). Zur Annahme einer doch noch fortdauernden actio depositi mit der Wirkung, Zinsen ex mora oder ex pacto fordern zu können, läßt sich auch Heimbach Creditum S. 434 durch L. 29 §. 1 D. depos. (16, 3) verleiten, wo gegen die Vereinigungsversuche bei Vangerow Pand. §. 630. II. 5. und Emmerich in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. XVIII. S. 117 ff. für meine Verbesserung impermissu meo in derf. Zeitschr. II. S. 151 auch das nur einmal vorkommende invocatu meo bei Fronto ep. ad Imper. Ver. 1 hätte angeführt werden sollen.

Digitized by Google

z. B. einer Geldrolle bedingt für den Fall, daß der Depositar sie verbrauchen wolle, getroffen, so würde das Darlehn mit der Erfüllung der Bedingung, d. h. sobald der Depositar die Geldstücke für sich zu verbrauchen anfängt[1]), entstehen: natürlich ohne Zurückbeziehung auf die Zeit des Consenses, weil die erfüllte Bedingung nicht blos eine reine Potestativbedingung für die Person dessen, der durch den Empfang Schuldner werden sollte, ist, sondern auch schon weil sie vor Allem einem bisherigen Sachcontract, den der Hingeber als allein Interessierter jederzeit willkürlich aufrufen kann, ein Ende machen sollte L. 10 D. h. t. L. 1. §. 34 D. depos. (16, 3)[2]). Eben so bei einer andern zum Voraus gesetzten Bedingung der Verwandlung des Depositum in ein Darlehn L. 4 pr. D. h. t. Anders liegt die Sache, wenn dem Darlehnssucher der darum Angesprochene eine Sache so zum Verkaufen gegeben hat, daß er den Erlös als Darlehn haben (uti) solle. L. 4 pr. fin. L. 11 pr. D. h. t. L. 7. §. 3 D. de SC. Maced. (14, 6). L. 19 pr. D. de praescr. verb. (19, 5), sämmtlich von Ulpian[3]). Dieser Fall ist zuförderst ein anderer als der der ästimiert zum Darlehn hingegebenen Sachen, in welchem der Empfänger selbst als Käufer angesehen wird und das Darlehen sofort mit der Hingabe der Sachen ins Eigenthum entsteht (oben S. 21 ff.), was hier erst nach vom Empfänger vollzogenem Verkauf mit Empfang des ihm vom Käufer gezahlten Kaufgeldes geschieht. Er unterscheidet sich aber auch von dem des mit Gebrauchserlaubniß deponierten Geldes dadurch, daß, da der, welcher eine Sache, wenn auch in fremdem Auftrage verkauft, selbst Eigenthümer des ihm gezahlten Kaufgeldes wird, er hier das Eigenthum des Geldes nicht von dem Darleiher, sondern nur durch dessen vermögensrechtliche Veranstaltung von einem Dritten erhält[4]). Immerhin liegt aber ein ausdrücklicher Consens zu einem hier nur durch

---

[1]) Wegen des an sich einheitlichen Contracts. Vgl. L. 7. §. 15 D. de SC. Mac. (14, 6). Anders, wenn die Bedingung lautete: solltest Du etwas davon brauchen, so soll es Dir gestattet sein: dann würde das Darlehn zwar auch noch durch einheitlichen Contract, aber doch per partes entstehen. Vgl. oben S. 27. Anders auch bei Delicten, wo kein Consens das Einzelne eines Haufens vereint. L. 21 pr. D. de furt. (47, 2).

[2]) Das Darlehn würde daher auch nicht zu Stande kommen, wenn der Deponent die Gebrauchserlaubniß vorher zurückzöge oder vor dem Gebrauche stürbe (vgl. oben S. 26). Nur dann würde das Zurückziehen nicht gestattet sein, wenn das Depositum im Interesse des Darlehnssuchers gemacht wäre. L. 4 pr. D. h. t.

[3]) Nicht hieher gehört der oft so falsch gedeutete Schluß der L. 3. §. 3 D. de SC. Maced. (14, 6) von Ulpian: Quod (nehmlich cessare senatusconsultum) ita demum erit dicendum, si non fraus senatusconsulto sit cogitata: ut qui (wohl zu lesen qui cui) credere non potuit (eben wegen des Verbots des SC. s), magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem. Es ist hier nicht gemeint, daß der Hausſohn den Kaufpreis, den er für die ihm verkaufte Sache als von ihm wieder zu verkaufende erhalten würde, als Mutuum behalten solle — davon hätte Ulpian sagen müssen ut ille rei pretium haberet mutuum, weil dieses nicht blos ein in einem wirklich andern Geschäfte (in vicem mutui) verschleiertes, sondern ein wirkliches Mutuum gewesen wäre: sondern daß er das für die ihm verkaufte Sache geschuldete Kaufgeld statt des begehrten Mutuum behalten sollte. Nur in diesem Falle würde gegen die Verkaufklage eben so wie gegen die aus Mutuum eine Einrede ex sententia SC. i zu geben sein.

[4]) Diese richtige Auffassung desselben findet sich schon bei Heimbach Creditum S. 277 ff.

Digitized by Google

den aufgetragenen Verkauf zu bewirkenden Darlehn vor, und ein solches erkennt auch Ulpian theils ausdrücklich theils stillschweigend in den angeführten Stellen an. Dieser Fall, dem auch der gleichzusetzen ist, wo der um das Darlehn Angesprochene dem Ansprecher die Klage gegen seinen Schuldner mit der Abrede mandiert, daß er das von ihm beigetriebene Geld als Darlehn behalten soll [1]), gehört denn nur zu denen, wo der Darleiher durch eine Verfügung über sein Vermögen dem Darlehnsempfänger mittelbar von einem Dritten das Eigenthum verschafft (oben unter V). Weil aber die Verschaffung hier nicht in einer Anweisung des Dritten zum Hingeben, sondern in der zum Verkaufen hingegebenen Sache (im andern Fall in der mandierten Klage) ihren Grund hat, so kann deren Hingabe eben so, wie wenn zu leihendes Geld bei dem Entleiher einstweilen deponiert ist (L. 4 pr. D. h. t.), hinsichtlich des Tragens der Gefahr auch schon etwas von der Natur des damit bezweckten Darlehns annehmen, wenn sie diesem nehmlich nur diente, so daß dann auch umgekehrt der Angesprochene hier nicht mehr die Macht hat, durch Zurücknahme des Auftrags das zu Stande Kommen des Darlehns zu hindern und damit ein negotium proprii contractus entsteht L. 19 pr. D. cit. Mit Recht unterschied in diesem Falle Nerva mit Zustimmung Ulpians (L. 11 pr. D. h. t.), daß zwar, wenn der ums Darlehn Angesprochene die zum Verkauf hingegebene Sache ohnehin als eine verkäufliche hielt, wie z. B. ein damit handelnder Kaufmann, seine Hingabe zum Verkauf ihre gewöhnliche selbständige Bedeutung behalte, wonach er als der beim Geschäft allein Interessierte auch bis zum geschehenen Verkauf die Gefahr des zufälligen Untergangs trägt; wenn er sie dagegen sonst nicht verkauft haben würde und also die Hingabe lediglich wegen des Darlehns im Interesse des Empfängers geschah, die Gefahr schon mit der Hingabe auf den letzteren übergehe: um so mehr, wenn er keine Zinsen für das Darlehn ausbedang, so daß auch die Rücksicht auf diese ihn nicht als Haupt- oder gleichmäßig Interessierten bei dem Geschäft erscheinen lassen konnte.

Zu widersprechen scheint nun aber dem Zustandekommen eines Darlehns in dem Falle einer dem Nachsucher zum Verkauf gegebenen Sache überhaupt Africanus in der bekannten L. 34 pr. D. mand. (17, 1):

> Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret, certam summam ex administratione eius apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint. respondit, non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. nec huic simile esse, quod si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita

[1]) Man könnte auf diesen Fall die Worte des Africanus in L. 39 pr. D. mand. (17, 1) beziehen wollen, in denen er ein Darlehn anerkennt: quod si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat. Aber da er nicht sagt exigere, sondern accipere pecuniam, so scheint er doch vielmehr an den Fall zu denken, wo der um das Darlehn Gebetene seinem Schuldner aufgibt, an den Bittenden zu zahlen und nur in Folge dessen auch den letzteren anweist, sich das Geld von diesem geben zu lassen: also den oben (S. 29 ff.) behandelten Fall der L. 15 init. D. h. t.

Digitized by Google

fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt: item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat; id enim benigne receptum est (L. esse). his argumentum esse, eum, qui cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui argentum accepisset. et in proposito igitur dicendum, actione mandati obligatum fore procuratorem, ut quamvis ipsius periculo nummi fierent, tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat.

Wir haben hier noch nicht Africans Entscheidung des Eingangsfalls der Stelle vor Augen, wovon später besonders zu sprechen sein wird. Die uns hier interessierende, Ulpians Annahme eines Darlehns auch durch eine zum Verkauf hingegebene Sache direct zu widersprechen scheinende Aeußerung liegt in den Worten his argumentum esse . . . recte petiturum [1]). Die ganze Stelle genau gelesen, hat aber Africanus in jenen Worten einen andern Fall vor Augen als Ulpian in den oben S. 59 angeführten Stellen [2]). Der von ihm im Eingange zu Grunde gelegte Fall ist der, daß der Procurator des Titius wegen der von dessen Schuldnern beigetriebenen Summe Geldes, dessen Eigenthum also eben so wie das der durch litis contestatio und Urtheil auf ihn novierten Processe, mit denen er beitrieb, bei ihm selbst war und welches er nur generisch mit Tragung der Gefahr dem Principal aus dem Mandat schuldete, dem letzteren brieflich eine Darlehnsschuld in bestimmter Summe mit sechs Procent Zinsen anbot; die in diesem Rechtsfalle dem Africanus vorgelegte Frage ist die: ob Titius jene Geldsumme hiernach als Darlehn einklagen (womit er, wenn nicht früher, das Angebot zugleich genehmigt hätte), aber auch, ob die Zinsen (für welche dann nur ein Pactum neben einem Mutuum vorlag) eingeklagt werden könnten? Der Jurist läugnet das Zustandekommen eines Darlehns, welches ja nicht durch bloßes Pactum ohne datio und in dieser Hinsicht nur auf Grund des aus früherem Contract, wenn auch da schon mit Tragung der Gefahr Geschuldeten, worin ja nach Paulus' Ausdruck kein proficisci pecuniam von auswärts her liege, geschlossen werden könne; er hält aber auch in der folgenden Argumentation, mit der er seine Ansicht unter Herbeiziehung verwandter Fälle zuerst gegen Zweifelsgründe und dann positiv begründet, überall das fest, daß im vorausgesetzten Falle das Darlehn nicht mit sofortiger eigener datio verbunden war, sondern erst durch ein späteres Geschäft begründet werden sollte. So weist er nun zuerst die beiden unzweifelhaften Darlehnsfälle dieser Art, auf die man sich gegen seine Entscheidung berufen möchte, als in der That unähnlich ab, wo das spätere Geschäft entweder in der dinglichen Abrede nach einem Depositum, das Geld als creditiert zu behalten, oder in der einem Schuldner des Angegangenen von diesem aufgegebenen Hinzahlung bestand, da in beiden hinterdrein doch eine datio, wenn auch im zweiten nicht eigenen Geldes stattfinde. Da-

[1]) Vgl. dazu Glück Pand. XII. S. 7 ff. Schilling Instit. III. S. 222.

[2]) Dieses verkennen auch die gewöhnlichen Behandlungen der Hauptschwierigkeit der Stelle, die aber auch sonst manches Verkehrte annehmen, namentlich daß die eingeklagten Geldstücke an sich dem Auftraggeber Titius gehört hätten. Das Richtige in dieser Hinsicht findet sich schon in den Scholien der Basil. 14. 1. 34. Tom. II. p. 121 Heimb.

Digitized by Google

gegen beweise für seine Entscheidung im vorliegenden Falle zusammengenommen mit seiner Abweisung der eben gedachten beiden Fälle als unähnlicher (his argumentum esse)[1]) positiv, daß in dem nun von ihm angeführten (also in der That ähnlichen) Falle des auf die Bitte um ein Darlehn zum Verkauf hingegebenen Silbers dem Angegangenen auf den Erlös daraus, der doch auch auf Gefahr des Darlehnssuchers steht, wie jenes beigetriebene Geld auf Gefahr des Procurators, keine Darlehnsklage zustehn würde. Africanus denkt sich also — dieses folgt aus der vorauszusetzenden vollen Aehnlichkeit des Falles — nicht, wie Ulpian mit dem in allen seinen vier Stellen gemachten Zweckzusatze ut nummis, pretio, pecunia uteretur, welcher hier fehlt, ausdrücklich vorausgesetzt, ein zum Voraus bei der Hingabe schon in der bestimmten Summe des Erlöses fest verabredetes durch den Verkauf und Empfang des Kaufgeldes zu realisierendes Darlehn, sondern daß dieses durch das spätere Behalten des Erlöses Seitens des Empfängers und durch dessen Genehmigung mittels der petitio pecuniae creditae Seitens des Angegangenen zu Stande kommen sollte, wonach der hierin liegende Consens denn statt der datio auch nur eine aus früherem Contract — gleichfalls einem Mandat — mit Tragung der Gefahr geschuldete Geldsumme zur materiellen Grundlage hätte[2]). Hier ist also kein Widerspruch zwischen beiden Juristen. Gelegentlich bemerken wir noch, daß der Schluß der Stelle offenbar verderbt ist. Statt des sinnlosen ferint der Flor. ist Mommsens fierent jedenfalls unzulässig und vielmehr leichter fuerint zu lesen, da die Geldstücke ja sogleich mit der exactio auf Gefahr des Procurators zu stehen kommen. Weiterhin würde Mommsens Vorschlag procuratorem, quamvis ipsius periculo fierent, ut tamen den Sinn nur unklarer machen. Es ist wohl nur hinter tamen ein et ausgefallen zur Bezeichnung, daß der Procurator auch das Capital schulde. Der Satz quamvis ... fuerint soll ausdrücken, daß zwar der Procurator die Gefahr der beigetriebenen Gelder trage, wie beim Mutuum, unter dessen Voraussetzung er denn auch durch bloßes Pactum keine Zinsen schuldig sein würde; aber weil eben kein Mutuum zu Stande gekommen sei, er für die auf der bona fides beruhende und darum eine Erweiterung durch Pactum annehmende Gegenklage, so lange der Principal ihm das Geld und damit dessen Benutzung lasse, auch die versprochenen Zinsen zahlen müsse.

In einer von der bisher betrachteten ganz verschiedenen und viel wichtigeren Hinsicht steht aber African in dieser Stelle mit Ulpian in einer anderen, wie man gewöhnlich annimmt, in entschiedenem Widerspruche. Jener lehrt bestimmt, daß die bloße Uebereinkunft des Herrn mit seinem Mandatar, das von diesem jenem generisch und daher mit Tragung der Gefahr aus einem frühern Contract schon geschuldete Geld

[1]) Es ist eben so gegen Sinn und Sprache, wenn man gewöhnlich (so auch Drechsler actio quod iussu S. 34) his blos auf die anfängliche Entscheidung, als wenn man es mit Scharlach (Archiv f. civ. Pr. LXII. S. 457) auf den Satz hoc enim benigne receptum esse bezieht. Dieser Satz schließt den zweiten nur scheinbar ähnlichen Fall, ohne als solcher außer durch seine singuläre Natur einer weiteren Rechtfertigung zu bedürfen, eben so ab, wie das quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt den ersten.

[2]) Dieses verkennt man allgemein, auch die übrigens vielleicht besten Erklärungen der Stelle von Ihering in Schneiders krit. Jahrb. f. deutsche R.Wiss. XI. Jahrg. 1847 S. 888 und Heimbach Creditum S. 280 ff. sammt der neuesten von Scharlach cit. S. 460.

Digitized by Google

als Darlehn behalten zu sollen, kein Mutuum begründe, während er das Mutuum durch die einem Schuldner des darum Angesprochenen von diesem aufgegebene Zahlung an den Entleiher anerkennt. Dagegen sagt Ulpian libro 31 ad edictum in L. 15 D. h. t.

> Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam; nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta.

Dürfte man das hier am Schluß vom Mandatar Gesagte auf einen Fall beziehn, wo dieser dem Principal gehörige Geldstücke in Händen hatte, dann läge nichts Befremdliches in Ulpians Ansicht. Aber nach den Worten und dem Zusammenhange bezieht es sich offenbar auf dem Mandatar gehöriges, dem Principal nur geschuldetes Geld und damit scheint sie allerdings der Ansicht des Africanus zu widersprechen [1]). Dennoch ist dieses bloßer Schein, worauf auch schon führt, daß Ulpian nach den Schlußworten offenbar auch das proficisci pecuniam als für das Mutuum nothwendig anerkennt und es nur als in dem von ihm vorausgesetzten Falle auch vorhanden in einer auf den ersten Blick befremdlichen und von African scheinbar abweichenden Weise zu begründen sucht. Gerade nehmlich weil auch in Ulpians Stelle nicht von einer bestimmten Summe, auch nicht von schon geschuldetem Gelde überhaupt oder etwa von Kauf- oder Mieth-, sondern ausdrücklich von Mandatsgeld für den Herrn die Rede ist, welches ja der Mandatar, wenn auch dem Eigenthum nach jetzt ihm selbst gehörig, doch in der Regel als concrete Summe von dem seinigen gesondert aufbewahren wird, läßt sie sich gar wohl, ja muß man sie so verstehen, daß Ulpian bei dem convenire ut crediti nomine eam (nehmlich pecuniam) retineas an ein constitutum possessorium, wodurch der Mandatar dem Principal zahlungshalber tradierte (videatur mihi

[1]) Zwei andere Stellen Ulpians lassen sich nur gezwungen hieher ziehen. L. 5. §. 18 D. de trib. act. (14, 4) spricht von einer von mir einem peculiaren Waarengeschäft zum Verkauf (wir sagen: in Commission) gegebenen Sache, die noch auf Lager ist (exstat). Ich brauche mich nur dann auf die tributio auch aus ihr als Gläubiger einzulassen, wenn ich in creditum ei abii (wie statt abiit beide Male zu lesen ist), weil ich sonst als gebliebener Eigenthümer sie vindicieren kann. Wie das in creditum abire mit der taberna, die die Sache selbst käuflich behalten hat, ob namentlich durch blos pactisciertes Darlehn aus der Kaufschuld ohne Stipulation, geschehen, davon sagt die Stelle nichts, in der übrigens die an ihrer jetzigen Stelle störenden Worte quamvis vendidero (d. h. nicht blos vendendam dedi) gleich hinter si non abii zu lesen sind. Unter den drei am Schluß folgenden Arten der Befriedigung des Verkäufers aere soluto vel fideiussore dato vel alias satisfacto ist das Verwandeln des Kaufpreises durch Pactum in ein Darlehn nicht zu finden. — In L. 3. §. 3 D. de SC. Maced. (14, 6) . . . et ideo etsi in creditum abii filiofamilias vel ex causa emptionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, et si stipulatus sim, licet coeperit esse mutua pecunia, tamen . . . cessat senatusconsultum werden die Worte in creditum abii . . . ex causa emptionis vel ex alio contractu am einfachsten auch auf eine novierende Stipulation des Kaufpreises oder aus einem andern Contract geschuldeten Geldes bezogen.

Digitized by Google

data pecunia), verbunden mit einer brevi manu traditio des letzteren an den ersteren (et a me ad te profecta) dachte, welche Verbindung mir durchaus statthaft scheint. Ulpian hält dann mit Africanus an dem Princip fest, daß ein wirkliches dari pecuniam an den Darlehnsempfänger von außen her für diesen Contract nothwendig ist und derselbe nicht durch bloßes Pactum über eine schon vorhandene Schuld entstehen kann. Er würde also auch, wenn das Geld beim Mandatar nicht individuell gesondert vorhanden war, was für Eigenthumsgeschäfte damit durchaus nothwendig ist, und daher bei allen andern blos allgemeinen Schuldnern einer generischen Geldsumme z. B. einem Käufer, Pächter keineswegs dasselbe behaupten. Africanus setzt dagegen in dem Briefe seines Mandatars nur eine bei ihm vorhandene certa summa, eine abstracte oder generische Geldsumme voraus, worüber er den Darlehnsschuldcontract anbietet und diese schließt den Gedanken an einen Eigenthumsvertrag, wodurch nummi qui mei erant, tui fiunt, wie er ihn nachher seinem Falle entgegensetzt, aus.

Zur wesentlichen Unterstützung unserer Erklärung dienen zwei andere Stellen von Ulpian auch aus dessen Büchern zum Edict. In dem schon oben in Anm. 3 auf S. 59 erklärten Schlusse der L. 3. §. 3 D. de SC. Maced. (14, 6) aus dem 20. Buche ad edictum erkennt er in dem Falle, daß der von einem Hausſohn um ein Gelddarlehn Gebetene diesem statt dessen eine Sache verkauft mit der Abrede, das Kaufgeld in vicem mutui zu behalten, kein Gelddarlehn an, wie er doch mußte, wenn ein solches nach seiner Ansicht durch Pactum aus jeder schon vorhandenen andern Geldschuld des Nachsuchenden an den Gebetenen entstände, sondern zählt dieses zu den Fällen der fraus senatusconsulto cogitata, wo also nur wegen Umgehung desselben eine Einrede gegen die bleibende Verkaufsklage auf das Kaufgeld gegeben wird.

Aus demselben 31. Buche ad edictum, dem die L. 15 cit. angehört, ist ferner entnommen

> L. 6. §. 6 D. mand. (17, 1). Apud Julianum libro tertio decimo digestorum quaeritur: si dominus iusserit procuratorem suum certam pecuniam sumere et fenerare periculo suo ita ut certas usuras domino penderet dumtaxat, si pluris fenerare potuisset, ipse lucraretur, in creditam pecuniam videtur, inquit, accepisse. plane si omnium negotiorum erat ei administratio mandata, mandati quoque eum teneri, quemadmodum solet mandati teneri debitor, qui creditoris sui negotia gessit.

Der zweite Theil der Stelle von plane an, der sich aus L. 38 D. de neg. gest. (3, 5) erklärt, interessiert uns hier nicht. Im ersten nimmt Ulpian mit Julian ein Gelddarlehn zwischen dem Herrn und seinem Procurator an, wenn jener diesen geheißen hat, bestimmtes Geld zu nehmen und auf seine (des Procurator) eigene Gefahr, also auch auf seinen eigenen Namen verzinslich auszuthun, so daß er ihm, dem Herrn, nur einen bestimmten (man denke zugleich stipulierten) Zinssatz zahlen, wenn er durch das Zinsgeschäft mit dem Dritten einen höhern erlangen könnte, dieses Mehr als Gewinn selbst behalten sollte. Der Jurist sagt nicht, ob das Geld im Eigenthum des Herrn oder in dem des Procurator als jenem nur geschuldetes gestanden haben soll; er setzt aber certam pecuniam, nicht blos, wie African, certam summam, einen bestimmten Betrag irgend welches

Digitized by Google

Geldes (der nicht Gegenstand einer Tradition sein kann) voraus und daß der Procurator jene pecunia nehme, sumere, was doch nur, wenn es nicht nichtssagend sein soll, auf Eigenthumserwerb gehen kann, wie nachher auch accepisse, sei es nun durch einfache brevi manu Tradition vom Herrn, dem, was am nächsten liegt, dieses bestimmte Geld gehörte[1]), oder durch das bei der L. 15 erklärte Doppelgeschäft, wenn es als dem Herrn geschuldet im Eigenthum des Procurator stand. Die Stelle bestätigt demnach durch die ausdrückliche Voraussetzung einer certa pecunia, was wir bei L. 15 als nach dem gewöhnlichen Hergange beim Mandat stillschweigend von Ulpian vorausgesetzt annehmen mußten, daß solche Eigenthumsverträge immer concret gesonderte Gelder erfordern[2]).

In L. 15 behält nur Ulpians Zusammenbringen dieses Falles mit dem ersten, wo Jemand ein Darlehn durch seinen zur Zahlung desselben angewiesenen Schuldner macht, etwas Schiefes. Zwar ein wirkliches proficisci oder dari pecuniam findet auch da Statt. Aber es sieht danach so aus, theils als sei das — nur gewöhnlichste — Schuldverhältniß des dare iussus zu dem Darlehnsgeber etwas Nothwendiges, theils als sei die Annahme des Darlehns im zweiten Falle nur aus dem ersten zu folgern; auch sind die beiden im ersten Falle vermeintlich

---

[1]) Dieses wird zwar in dem ähnlichen Falle der L. 10. §. 8 D. eod. (Ulpian) ausdrücklich vorausgesetzt, es darf aber hier doch in dem gestatteten sumere (vgl. Gai. 2, 209. 212) auch als von selbst liegend und gemeint angesehen werden. Auch ist mir nur Eine Auslegung unserer Stelle (von Schloßmann der Besitzerwerb durch Dritte S. 122) bekannt, welche certam pecuniam sumere hier ohne Weiteres mit „eine bestimmte Geldsumme als Darlehn aufzunehmen" übersetzt, was aber doch Lateinisch den Zusatz mutuam oder mutuo erfordert (L. 4. C. de cond. ex lege 4, 9), wenn er sich nicht, wie in L. 3. §. 3 D. de in rem verso (15, 3) aus dem Zusammenhange ergibt. Zudem wäre es ein sonderbarer Auftrag, erst (schwerlich doch anders als gegen Zinsen) zu erborgendes Geld zu einem solchen Zinsgeschäft zu verwenden, und nicht abzusehen, wie dieses Erborgen von einem Dritten den Procurator dem Herrn durch Darlehn hätte verpflichten können.

[2]) Wenigstens unterstützend ist auch noch, daß Ulpian in L. 40 pr. D. de minor. (4, 4) aus seinen opiniones als Fall eines aus einer vom Richter zugesprochenen Fideicommißobligation entstandenen Contracts der credita pecunia anführt, daß der verurtheilte Schuldner nach zuerst empfangener Quittung dem Gläubiger cautionem quasi creditae fecerat. Damit war die Fideicommißobligation (denn im außerordentlichen Verfahren noviert das Urtheil nicht) nach Art einer Darlehnsobligation aber durch cautio noviert. Wäre Ulpian der Meinung gewesen, daß durch bloßes Pactum des Schuldners ein Darlehnscontract hergestellt werden könne, so würde er den Fall viel einfacher construiert haben. Außerdem tritt uns in frühern und spätern Quellen das Recht und der Gebrauch entgegen, daß es einer verborum oder litterarum obligatio bedarf, um ex praecedenti causa geschuldetes Geld in eine stricti iuris obligatio zu verwandeln. Man vergleiche nur z. B. Varr. de re rust. 2, 2, 5. Cic. pro Caec. 6, 16. Seneca de benef. 3, 15, 1. Gai. 3, 129 ibiq. citt. L. 14. D. de except. (44, 1). L. ult. §. 2 D. de doli mali exc. (44, 4). L. 29 D. de novat. (46, 2). L. 5. C. de non num. pec. (4, 30). L. 3. C. ad SC. Maced. (4, 28). L. 1. Th. C. de denunt. (2, 6). Eine Novation per pactum ist dem Römischen Recht unbekannt. Wäre eine Stipulation ohne Absicht zu novieren nur zur Sicherung der schon bestehenden Schuld abgeschlossen (vgl. darüber unten Abschn. X), so würden condictio und frühere (b. f.) actio alternativ concurrieren L. 28. §. 4 D. de iureiur. (12, 2).

Digitized by Google

anzunehmenden in Eine zusammengezogenen Zahlungen des Schuldners an seinen Gläubiger und dieses an den Darlehnsempfänger eine willkürliche, den andern Juristen (L. 2. §. 4. L. 9. §. 8 D. h. t.) mit Recht fremde Fiction, wie es scheint, nur dem beliebten mutuum, quia ex meo tuum fit, zu Gefallen angenommen, welches Ulpian so unumstößlich festzustehen schien, daß er deshalb auch seine Sätze als singularia ansah, was sie streng genommen nicht sind[1]). Solche verfehlte Begründungen kommen aber bei übrigens richtigen Entscheidungen bekanntlich öfter bei den Römischen Juristen vor und dürfen uns nicht irren.

Unsere Vereinigung der beiden Stellen des African und Ulpian halte ich nun auch für ihre richtige und für unser heutiges Recht entscheidende Erklärung. Nach ihr würde zwar auch jetzt z. B. — um nicht immer blos bei dem Mandatsfall stehen zu bleiben — mit einem Käufer wegen des Kaufgeldes ein Mutuum abgeschlossen werden können, aber nur wenn er etwa das Kaufgeld in einem Beutel mitgebracht hätte und der Verkäufer es ihn dann gleich als Darlehn behalten ließe. Ohne solche besondere Umstände würde es stehen gelassenes Kaufgeld bleiben oder bei beabsichtigter Novation in stipuliertes Geld übergehn, der Novation es aber auch nach heutigem Recht nicht hinderlich sein, wenn die Parteien etwa gesagt hätten, es solle wie ein Darlehn angesehen werden[2]).

Wollte man dagegen mit der herrschenden Ansicht auf die verschiedenen Voraussetzungen beider Juristen keine Rücksicht nehmen, so würde man doch auch nicht mit ihr (Savigny System I. S. 281) sagen können, es liege in Ulpians Stelle eine spätere weitere Entwickelung des Rechts vor und deshalb — auch wohl, weil sie in dem Darlehnstitel steht[3]) — müsse die in ihr ausgesprochene Ansicht gelten.

Daß aber auch bei den Römern selbst die Ansicht, wonach das Darlehn durch bloßes obligatorisches Pactum aus einer frühern andern generischen Schuld nicht entstehen kann, stets herrschend geblieben ist, zeigt folgendes Rescript von Diocletian und Maximian:

> L. 6 C. h. t. (4, 2). Si ex pretio debitae quantitatis facta novatione per stipulationem usuras licitas ab eo, contra quem supplicas, stipulatus es: falsa mutuo datae quantitatis demonstratio praemissa, cum obligationis substantia non defecerit, quo minus usque ad modum placitum usurae possint exigi, nihil nocet. Si vero citra vinculum stipulationis tantum mutuam pecuniam datam conscriptum est et eius praestari fenus convenit: simulatis pro infectis habitis huiusmodi placitum nihil de praecedenti mutavit obligatione.

---

[1]) Vollkommen recht zu haben scheint mir Scharlach Archiv f. civ. Pr. LXII. S. 435 ff. in der Behauptung, daß ius singulare nur vom gewöhnlichen abweichende, durch Interpretation nicht auszudehnende Sätze des Juristenrechts bedeutet, weshalb es nicht auch lex, SCtum, edictum u. s. w. singulare gibt. Aber daß Ulpian hinsichtlich der Zulässigkeit seiner Ausdehnung anderer Ansicht als die übrigen Juristen gewesen sei, scheint mir durch L. 15 cit. nicht bewiesen.

[2]) Vgl. darüber Bähr in den Jahrb. f. Dogm. II. S. 429.

[3]) Wollte man auf solche Indicien für Justinians Absicht überhaupt Gewicht legen, so könnte man viel eher sagen, das kurze nur eine Meinung aussprechende Anhängsel in der Stelle des Titels de rebus creditis sei durch die ausführlich begründende in dem spätern Titel mandati berichtigt worden.

Digitized by Google

Hiernach lag ein nach der Darstellung des Bittstellers unklares Schuldverhältniß vor, in welches die Kaiser durch Unterscheidung der möglichen thatsächlichen Voraussetzungen Licht bringen. Namentlich war es unklar, ob die Schuldurkunde die Stipulationsclausel enthielt oder nicht und ob die Quantität z. B. Weines oder Oels, von der sie sprach, aus einem frühern Contract geschuldet und nur in der Urkunde als jetzt zum Darlehn gegeben dargestellt und das Versprechen der verzinslichen Rückgabe sich auf die Quantität selbst oder, wie der Bittsteller behauptet zu haben scheint, auf deren Geldwerth sich beziehe. Die Kaiser rescribieren: wenn auf Leistung des Geldeswerths einer aus früherem Contract geschuldeten Quantität eine novierende Stipulation abgeschlossen sei, so könne, falls nur die ursprüngliche Obligation bestanden habe (cum obligationis substantia non defecerit), aus der Stipulation auf die erlaubten Zinsen geklagt werden. Sie bezeichnen unter dieser Voraussetzung die in der Urkunde enthaltene Angabe, daß die debita quantitas als Darlehn gegeben sei, welche der Gültigkeit der Stipulation nicht schade, als eine falsa demonstratio. Das konnten sie offenbar nicht, wenn durch bloßes Pactum das von früherher Geschuldete in ein Mutuum verwandelt werden konnte. Sie sagen ferner: wenn aber die Urkunde ohne Stipulationsclausel auf Empfang jenes Geldeswerths als Darlehns laute, welches verzinst werden solle, so sei, da ein solches dann blos simuliert wäre, dieses Pactum ungültig und die frühere Schuld der Quantität bestehen geblieben. Allerdings wäre hier das Pactum auch auf Umwandlung des Geschuldeten in Geld statt anderer Sachen gegangen. Da aber nach denselben Kaisern ein Darlehn auch in ästimiert gegebenen Sachen abgeschlossen werden kann (oben S. 21 ff.), so wäre es bei Anerkennung der vermeintlichen bloßen Fiction von Empfang und Rückgabe kaum vermeidlich gewesen, hier ein gültiges Gelddarlehn anzunehmen. Statt dessen halten sie streng an dem Unterschiede von Darlehn und einem solches ohne pecunia profecta nur aus früherer Schuld herstellen wollenden Pactum, so wie zwischen Pactum und der allein zur Novation tüchtigen Stipulation fest[1]). Aehnlich nimmt auch Hermogenian in L. 33. §. 1 D. de donat. (39, 5) bei dem mit der Auflage es sofort als Darlehn zurückzugeben geschenkten Gelde zwar ein Darlehen an (gegen die schon von Julian in L. 23 D. h. t. oben S. 19 erledigten Bedenken), aber doch nur wenn das Geld wirklich gegeben, nicht blos versprochen, und dann zurückgegeben war: er gestattet sich nicht die bloße Fiction zweier nach einem Schenkungsversprechen zusammengezogener Zahlungen, ohne welche hier, wo kein bestimmtes Geld, wie im Mandatsfalle, sondern nur eine Summe Gegenstand des Vertrags und daher ein wirklicher Eigenthumsvertrag durch constitutum possessorium und brevi manu Tradition nicht denkbar ist, das Zustandekommen eines Mutuum nicht möglich wäre[2]).

[1]) Auch Bähr im Jahrb. für Dogm. II. S. 426 faßt die Stelle in diesem Sinne auf.

[2]) Sowohl die zahlreichen Auslegungen der bisher angeführten Stellen, so weit man sie überhaupt berücksichtigt hat, als die danach aufgestellten Meinungen in der neuern Litteratur, die man bei Windscheid Pand. §. 370 Note 11 nachgewiesen findet, sind sehr abweichend, auch unter einander, wobei auch noch die verschiedenen Ansichten über die jetzige Bedeutung der Novation einspielen. Da sie aber sämmtlich der Grundlage fester Principien über die Natur des Darlehns und der nöthigen Genauigkeit der Interpretation entbehren, haben sie auch kein großes Interesse.

Digitized by Google

So dürften denn auch jetzt, wenn etwa auf die Frage contrahiert wäre: willst Du mir 100 Thaler schenken und sie gleich als Darlehn behalten? selbst die entschiedensten Anhänger der jene Fiction billigenden Ansicht wohl schon nach dem bloßen Rechtsgefühl sich nicht leicht entschließen, dem Gläubiger nach den Reichsgesetzen Verzugszinsen zuzubilligen, sondern den Vertrag blos als Schenkungsversprechen gelten lassen, aus dem die Praxis nach L. 22 D. de donat. (39, 5) keine Verzugszinsen anerkennt. Eine andere praktisch wichtige Folgerung aus den verschiedenen Ansichten werden wir beim SC. Macedonianum kennen lernen.

Da wir früher gesehen haben, daß das Darlehn nicht blos durch Hingabe der Darlehnssachen sondern nach Consens der Parteien auch durch eine dem zukünftigen Schuldner verschaffte Stipulation derselben z. B. von einem Schuldner des Darleihers geschlossen werden könne, so ist es nicht überflüssig zu bemerken, daß nicht dasselbe angenommen werden darf, wenn der um das Darlehn Gebetene mit dem darum Ersuchenden, der zugleich sein Schuldner z. B. von Kauf- oder Miethgeld ist, darüber umgekehrt mit ihm selbst eine novierende Stipulation oder eine transcriptio a re in personam durch Expensilation eingeht. Auch hier würde es ja eben sowohl wie bei einem pactum, daß die frühere Schuld als Darlehnsschuld betrachtet werden solle, an dem proficisci pecuniam von auswärts her fehlen und wenn schon die mit einer solchen Stipulation verbundene Hingabe der Darlehnssachen an den Ersuchenden nur als Verbalcontract gilt, um so mehr hier nur von einem Verbal- oder Litteralcontract die Rede sein können, wie auch unsere Quellen bestätigen (vgl. die Citate in Anm. 1 auf S. 65). Um so sonderbarer ist es, daß sehr angesehene Juristen gerade in diesem Falle das Zustandekommen eines wahren Darlehns durch Stipulation behauptet haben [1]).

VIII.

Consens und Verpflichtungsfähigkeit des Darlehnsempfängers.

Aus der Natur des Contracts zwischen den durch die consentierende Absicht der Parteien bestimmten Personen der Contrahenten folgt, daß nur derjenige mit seinen Universalsuccessoren durch das Darlehn verpflichtet wird, in dessen Vermögen die gegebenen Sachen, um ihn dadurch zu verpflichten, gegeben sind. Dieses ist ohne Frage auch der Vater oder Herr, auf dessen Geheiß sein Haussohn oder Sclav ein für jenen bestimmtes Darlehn nur in Empfang nimmt (L. 5 pr. D. quod iussu (15, 4). L. 46. quod cum eo 4, 20), wogegen, wenn letzterer es für sich erhält und aufnimmt, es wie jeder andere Contract ihn selbst verpflichtet, den Hausſohn civilrechtlich (L. 39 D. de obl. et act. (44, 7). L. 51 D. de iudic. (5, 1). L. 44. 45 D. de pecul. (15, 1). Tit. D. de SC. Maced. 14, 6), den

---

[1]) Weniger deutlich Donell. comm. i. c. XII. 24. §. 16. Ganz bestimmt Savigny System V. S. 535. Wie dieses doch erklärlich ist, wird sich in einem spätern Abschnitt ergeben.

Digitized by Google

Sclaven wegen seiner Proceßunfähigkeit nur natürlich. L. 14 D. de obl. et act. (44, 7). Paul. 2, 13, 9. L. 1. 2. C. an serv. ex suo facto (4, 14); gegen den Vater oder Herrn aber je nach Umständen die bekannten prätorischen Klagen quod iussu, institoria, exercitoria, de peculio, de in rem verso eben so wie wegen anderer Contracte angestellt werden können. Wenn später die Jurisprudenz sich überzeugte, daß in den gedachten Fällen dieser Klagen (mit Ausnahme der de peculio) gegen den Vater oder Herrn auch direct nach Civilrecht condiciert d. h. die allgemeine condictio (γενικὸς κονδικτίτιος Schol. ad Theophil. paraphr. 4, 7, 8 ed. Reitz.) auf Herausgabe seiner grundlosen Bereicherung aus dem Geschäft seines Sclaven oder Sohnes, der ihm erworben, begründet sei (§. ult. I. quod cum eo (4, 7). L. 29 D. de reb. cred. (12, 1). L. 17. §§. 4. 5 D. de instit. act. 14, 3), so geschah dieses gewiß am ersten beim Mutuum[1]) und hier nach seiner Eigenschaft als Vermögensgeschäft so, daß man außer dem Falle einer dem Gewalthaber unbewußt geschehenen versio in rem suam auch die condictio ex mutuo selbst gegen ihn zuließ, quasi cum ipso contractum esset (§. ult. cit.), weil er durch seinen iussus oder durch die Vorsetzung des Sohnes oder Sclaven als Magister oder Institor — hier für die Darlehne, die er in dieser Stellung nothwendig für das Geschäft aufnahm (Julian in L. 29 D. h. t.) — das Darlehn nicht ohne Zustimmung des Gebers, der dann magis patris quam filii fidem sequitur (Gai. 4, 70), für sein dadurch bevortheiltes Vermögen anerkannt hatte: wie denn auch umgekehrt ein mit Zustimmung des Herrn mit dessen Gelde von seinem Sclaven gegebenes Darlehn als mit dem Herrn contrahiert angesehen wird. L. 35 D. de solut. (46, 3). So nach dem Recht unserer Quellen.

Geschichtlich ist aber selbst anzunehmen, daß Personen alieni iuris ursprünglich durch Darlehn, die ja nicht in ihr Eigenthum und Vermögen kommen konnten, gar nicht obligiert, jedoch auch die ihnen mit Zustimmung des Gewalthabers gegebenen stets auf diesen bezogen wurden, und man davon zuerst nur in dem Falle, daß sie ein Peculium administrierten, abging, zumal nach Einführung der actio de peculio und de in rem verso, nebst den zum Theil anders begründeten übrigen auf Consens des Vaters oder Herrn beruhenden Klagen, womit der Prätor selbst einen übrigens schon civilrechtlichen, d. h. aus der Jurisprudenz stammenden Satz — Fähigkeit der Personen in potestate ein Peculium haben zu können[2]) — auch zur Grundlage von Klagen gegen den Vater oder Herrn aus Geschäften des

[1]) Ohne Grund und gegen den Wortlaut wenigstens der §. ult. cit., wenn nicht auch der L. 17 cit. beschränkt aber Savigny Oblig.recht II. S. 34. 35 diese condictio auf das Mutuum. Vgl. Dietzel SC. Maced. S. 67. Für die actio pro socio nahm man aus dem von Labeo angeführten Grunde (L. 84 D. pro soc. 17, 2) wohl schon von jeher den iussus zur Eingehung einer Societät mit dem Sohne oder einem Dritten für einen eigenen Consens in die Societät, was nicht hieher gehört.

[2]) Er hängt weiterhin wieder mit dem Satze zusammen, wonach Kinder oder eine filiae loco der Familie als quodammodo domini schon bei Lebzeiten, nach dem Tode des Vaters sui heredes (mit Freilassung eingesetzte Sclaven necessarii heredes), also an der familia auch im Sinne des Vermögens gleichsam passiv oder schweigend mitberechtigt sind, weshalb sie auch außer zur Strafe für Delicte nicht wider ihren Willen aus der Familie verstoßen werden können.

Digitized by Google

Sohnes oder Sclaven machte. Denn da nach jenem Rechtssatze das Peculium zwar nicht als Eigenthum oder sonstiges Recht an den einzelnen Sachen, aber als besonderes Vermögen des Haussohns oder Sclaven für deren Geschäfte angesehen wurde (L. 5. §§. 3. 4. L. 19. §. 1. L. 32 pr. L. 39 D. de pecul. 15, 1), so konnte dieser nach der Anerkennung, ein Peculium mit activen und passiven rechtlichen Wirkungen haben zu können, nun auch durch Darlehn, das als obligatorischer Verbrauchsempfang ja auch nur Vermögensfähigkeit voraussetzt, wie schon früher durch andere Contracte sich verpflichten[1]), welches Recht wir auch schon bei Plautus (Mostell. 3, 1 tot.) finden, der aber auch schon das weit ältere Peculium der Haussöhne kennt (Merc. 1, 1, 95 — vgl. Multa u. Sacram. S. 242 Anm. 329): und es kam nur auf die Absicht der Parteien an, daß der Empfänger durch den Empfang auch selbst wirklich verpflichtet werden sollte. Erwarb er dann auch das Eigenthum der Darlehnssachen und damit auch die Eigenthumsklage dem Vater oder Herrn, so geschah dieses doch so, daß sie daneben zu seinen Peculiarerwerben unter seinem Dispositionsrecht gehörten[2]), wie man daraus sieht, daß wenn der Darleiher sie mit der Absicht einer in rem patris dominive versio gab, der Sohn oder Sclav sie zu diesem Zwecke, z. B. zu einem Kauf, Ausleihung eines Capitals für ihn u. s. w. veräußern (eine ihm verschaffte Forderung auch delegieren) konnte. L. 3. §§. 5. 6. 8. 10. L. 7. §§. 3. 8 D. de in rem verso (15, 3). L. 5. §. 8 D. de iure dot. (23, 3).

Umgekehrt konnte nun aber der Sohn oder Sclav, welcher ein Peculium hatte und verwaltete, auch aus diesem und also für sich im Unterschiede vom Vater oder Herrn und dessen Vermögen — um dieses hier gelegentlich für die Seite des Darleihers nachzutragen — ein Darlehn geben (z. B. L. 3. §. 5 D. de in rem verso 15, 3); daher Ulpian von dem Sclaven sagt L. 14 D. de obl. et act. (44, 7):

---

[1]) Nicht überzeugend ist Puchta's (Institut. III. §. 272) Erklärung dieser Verpflichtbarkeit der Haussöhne, die allerdings ursprünglich nach Civilrecht durch Darlehnsempfang nicht hätten verpflichtet werden können, aus der Natur des Darlehns als eines Contracts des ius gentium, wonach sie eigenthumsfähig gewesen (? welches ja aber älter ist als das ius civile L. 1 pr. D. de acqu. rer. dom. 41, 1). Danach hätten sie auch, wenn sie einen Andern mit der Hingabe des Darlehns beauftragten, und aus allen ihren Contracten, die iuris gentium waren, Creditoren werden müssen. Gegen ihn s. auch Dietzel SC. Maced. S. 21. Ryck Archiv f. civ. Pr. LIII. S. 93 nimmt ursprüngliche Verpflichtbarkeit auch durch Darlehn an, weil nur der Erwerb des filiusfam. ex persona patris für diesen geschehen sei; dieses erklärt aber nicht, warum hier die Verpflichtung re ohne diese res erhalten zu haben, eintrat. Neuerlich ist sogar die Fähigkeit des Haussohns sich durch Contracte überhaupt zu verpflichten für die ältere Zeit bestritten worden (vgl. darüber Pernice Labeo I. S. 103 ff.), ohne genügenden Grund.

[2]) Eben so wie ihm hinterlassene Erbschaften und Legate, wenn sie der Vater nicht in sein Vermögen zieht, (L. 7. §. 5. L. 9. §. 1 D. de pecul. (15, 1), vgl. Pernice Labeo I. S. 140). Geschenke an ihn (L. 19 pr. D. de mort. c. don. (39, 6). L. 9. §. 1 D. de SC. Maced. 14, 6), wovon später, und überhaupt alle weiteren Erwerbe desselben für sich, die der Vater oder Herr, wenn auch nur stillschweigend, ihm läßt, da nach einmaliger Begründung des Peculium durch Zuwendung des Vaters oder Herrn für dessen Wachsthum nach allgemeinen Grundsätzen nicht mehr derselbe expresse Wille erforderlich ist.

Digitized by Google

— — ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur; sed naturaliter et obligantur et obligant. denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor[1]).

Vgl. L. 2. §. 4. D. h. t. L. 41 D. de pecul. (15, 1). Schafft aber das Peculium überhaupt eine natürliche Vermögenspersönlichkeit als Träger eben solcher Creditverhältnisse mit Ausschluß der die rechtliche Persönlichkeit bestimmenden Momente, so können die ersteren und namentlich die durch Darlehn auch zwischen Vater und Haussohn, Herrn und Sclaven so wie mit solchen, die dem ersteren erwerben, eintreten[2]), wovon näher in der Lehre von der actio de peculio zu handeln ist. War nun aber mit der eigenen Verpflichtbarkeit des Haussohns selbst durch Darlehn die nothwendige Beziehung auch eines consentierten Darlehens auf den Vater als civilrechtlichen Schuldner weggefallen, so mußte der Prätor, da die prätorische Klage nach der ihr auf das Vermögen des Vaters gegebenen Richtung dem Gläubiger doch oft nur theilweise Befriedigung gewährte, was für den Fall des consentierten Darlehns unbillig gewesen wäre, mit der actio de peculio und de in rem verso als nunmehriger Regel zugleich die actio quod iussu aufs Ganze namentlich auch für das Darlehn (z. B. L. 1. §. 4. L. 2. §. 1. L. 3 D. quod iussu 15, 4) einführen, welche Verbindung beider Klagen auch unsere Quellen bestätigen. L. 1. §. 1 D. de pecul. (15, 1) vgl. L. 25 pr. D. sol. matr. (24, 3). L. 7 D. de tutel. (26, 1)[3]). Abgeschafft war nun aber freilich hierdurch die alte civilrechtliche Haftung des Vaters oder Herrn mit der condictio aus dem von seinem Haussohn oder Sclaven empfangenen Darlehn nicht; nur mit der actio de peculio, die auch §. ult. I. cit. nicht neben ihr erwähnt, konnte sie principiell nicht mehr concurrieren, weil bei der Ausschließlichkeit des Begriffes sowohl des Vermögens als des Eigenthums es unmöglich ist, daß ein ins Peculium des Haussohns oder Sclaven gegebenes Darlehn zugleich als ein solches für das im Gegensatz dazu eigene Vermögen des Vaters oder Herrn angesehen werde[4]). Allerdings wurde aber die alte condictio durch die anderen Edictsklagen aus der prätorischen Praxis verdrängt und daraus erklärt sich, daß die erstere von den Juristen fast nur wie ein Theorem nebenbei erwähnt wird.

Doch könnte man aus einem Gedanken an sie vielleicht auch die schwierige L. 7. §. 1 D. de in rem verso (15, 3) erklären wollen. Ulpian hat vorher am

---

[1]) Vorausgesetzt, daß ihm sein Peculium nicht vom Herrn genommen ist, weil darauf seine vom Herrn unterschiedene natürliche Persönlichkeit, die Grundlage seiner natürlichen Forderung, beruht. L. 18. 32 D. de solut. (46, 3).

[2]) Schon vom älteren Cato erzählt Plut. Cat. mai. 21, daß er seinen Sclaven borgte.

[3]) Vgl. Rudorff edictum perpet. §. 105, der aber L. 1. §. 1 cit. und Gai. 4, 74 übersehen haben muß, wenn er annimmt, daß die actio quod iussu gar nicht auf einem besondern Versprechen des Prätors im monitorischen Edict und hinzugefügter Normalformel, sondern blos auf einer den Fall des iussus ausschließenden Erwähnung in dem Edict über die actio de peculio beruht habe, wonach beide Klagen gar nicht mit einander zur Auswahl concurriert hätten und dann freilich auch unsere ganze obige Entwickelung ihr Fundament verlieren würde.

[4]) Verschiedene andere, aber nicht überzeugende Ansichten s. bei Savigny Obl.-recht II. S. 35. Dietzel SC. Maced. S. 67.

Digitized by Google

Ende der L. 5 bemerkt, daß für die actio de in rem verso des Dritten gegen den Herrn nicht nothwendig sei, daß jener die Sache des mit dem Sclaven geschlossenen Contracts unmittelbar dem Herrn gegeben habe; sie könne auch erst im Peculium gewesen sein, nur müsse sie dann vom Sclaven durch eine verpflichtende Führung der Geschäfte des Herrn diesem gegeben sein. Deshalb — fährt er nach der aus anderer Quelle eingeschobenen L. 6 in L. 7 pr. fort — falle die actio de in rem verso weg, wenn der Sclav dem Herrn diese Peculiensache geschenkt habe, womit L. 7. §. 5. L. 3. §. 2. L. 10. §. 10. L. 17 pr. D. eod. übereinstimmen. Weiter aber heißt es in §. 1 nach der allgemeinen Interpunction in den Ausgaben, und darin glaubt man einen Widerspruch mit dem eben Gesagten zu finden:

> Plane si mutuum servus acceperit et donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est.

Hier mit Windscheid (Pand. §. 483 Note 2) — ohne weitere Erklärung der Stelle selbst — cessat statt est zu lesen, ist, auch von andern kritischen Bedenken abgesehen, schon wegen des plane zu Anfang der Stelle unmöglich, welches eine Einschränkung des Vorigen, also hier einen Fall anzeigt, in dem diese Klage eintritt. Könnte man nun vielleicht durch veränderte Interpunction, nehmlich Setzung des zweiten Commas erst hinter de in rem verso helfen, wonach es blos den Betrag, auf den der Herr wegen der in rem versio Peculiarschuldner geworden wäre, bedeutete, und die Stelle davon verstehen, daß der Sclav das geborgte Geld donandi animo zur Bezahlung einer Schuld seines Herrn an einen Dritten verwendete (donandi animo solvit), wo er diesen doch nicht zum Schuldner des Peculium von dem für ihn Verwandten mache, mithin auch die actio de in rem verso nicht Statt finde? Ulpian würde dann mit actio est auf die condictio hindeuten, die dann wenigstens dem Darlehnsgläubiger gegen den Herrn zustehe. Doch scheint mir dann die Ausdrucksweise mehrfach nicht natürlich und dem Style Ulpians entsprechend zu sein: Ulpian würde bei solvit, daß dieses an einen dritten Gläubiger seines Herrn geschehe, hinzugefügt und statt actio est bestimmter condictio competit oder dgl. gesetzt haben. Zudem bietet sich noch eine andere den Worten allein angemessene und durchaus befriedigende Erklärung dar. Das jetzt unmittelbar vorher beziehungslose eum, welches Ulpian schwerlich so gesetzt haben kann, verräth wohl, daß vorher vor donandi animo das so ähnliche Wort domino ausgefallen ist. Nimmt man dieses aber auch nicht an, so kann man doch zu solvit nach dem entfernteren donaverit servus domino im princ. nur auch ein domino verstehen. Dieses voraus bemerkt, beziehe man nun mit Beibehaltung der gewöhnlichen Interpunction d. a. solvit, worauf Nachdruck zu legen ist, im Gegensatz zu einem reinen und eigentlichen donare durch das domino dare, darauf, daß der Sclav, indem er den Herrn mit dem geborgten Gelde nicht zum Peculiarschuldner machen wollte, was durch dessen ihn reicher, das Peculium ärmer machende Hingabe an ihn geschehen wäre, ihm damit irgend eine Peculiarschuld zahlte[1]), do-

[1]) Die Erklärung der Glosse, der Buchka Stellvertretung S. 32 beitritt, man müsse an ein Darlehn denken, welches dem Sclaven zur versio in rem domini gegeben, daher niemals im Peculium gewesen sei und das der Sclav nun dem Herrn schenkungsweise gegeben habe (solvit, id est dat ex causa donationis), ist schon deshalb fehlsam,

Digitized by Google

nandi animo nur im weiteren Sinne, nehmlich in sofern er damit ein oneroses den Herrn verpflichtendes Hingeben vermied und ihn durch das gewählte freiwillig immerhin doch in eine vortheilhaftere Lage anstatt des bloßen stillschweigenden Abzugs der Schuld vom Peculium brachte. Alsdann, sagt Ulpian, findet doch die actio de in rem verso Statt, was sich damit rechtfertigt, daß das Vermögen des Herrn, der gegen den Sclaven keine wahre durchsetzbare Forderung hatte (L. 41 D. de pecul. 15, 1), ohne wirkliche Schenkung und Bereicherung dann doch um den Betrag des Geldes in eine bessere Lage gebracht ist. Dieser Erklärung widerspricht auch nicht L. 7. §. 12 D. de SC. Maced. (14, 6) aus demselben lib. 29 Ulpians zum Edict.

> Proinde si acceperit pecuniam et in rem patris vertit, cessat senatusconsultum; patri enim non sibi accipit. sed et si ab initio non sic accepit, verum postea in rem patris vertit, cessare senatusconsultum libro duodecimo digestorum Julianus ait, intellegendumque ab initio sic accepisse, ut in rem verteret. non tamen vertisse videbitur, si mutuam pecuniam acceptam patri in proprium debitum solvit: et ideo, si pater ignoravit, adhuc senatusconsulto locus erit.

Zöge man hier freilich mit andern Auslegern das zweite patri zu solvit, so wäre der Widerspruch nicht abzuläugnen; denn daß hier nicht donandi animo hinzugefügt ist, wie in L. 7. §. 1 cit., macht, wie L. 10. §. 7 D. de in rem verso (15, 3) zeigt, wo es auch nicht steht, nichts aus; es geschah in jener Stelle nur, weil im princ. von einem die actio de in rem verso ausschließenden Schenken die Rede war, welcher Begriff in §. 1, nur um einen Fall, wo die Schenkabsicht irrelevant ist, hinzuzufügen, beibehalten ist. Aber nach dem Zusammenhange, namentlich im Rückblick auf die Worte patri enim non sibi accipit, muß patri zu acceptam gezogen werden und dann ist proprium debitum von einer eigenen wirklichen Schuld des Sohnes an einen Dritten zu verstehen, wie auch die Schlußworte bestätigen, nach denen das Darlehn in diesem Falle vom Sohn gegen das SC. aufgenommen ist, wenn der Vater nicht darum wußte, also mit Abläugnung der in rem patris versio, die ja das SC. ausgeschlossen hätte.

Wer die Darlehnssachen nicht als dadurch zu Verpflichtender in Gemäßheit des Contracts empfangen hat, kann aus diesem auch nicht haften, namentlich nicht der Dritte, an den sie auf Geheiß des Entleihers von vornherein oder auch hinterdrein etwa durch ein neues Darlehn des Schuldners an ihn oder ihm verstatteten Verbrauch (L. 15. C. h. t. vgl. L. 4. 13 C. ad SC. Vell. (4, 29). L. 17 pr. L. 27 pr. D. eod. 16, 1) oder durch Execution aus Geschäften mit ihm (L. 13 C. de obl. et act. 4, 10) gelangt sind, oder in dessen Vermögen der Schuldner sie verwandte L. 13 C. h. t. Wenn ein Socius, obgleich für die Societät, ein Darlehn aufnimmt, so werden auch die übrigen Gesellschafter nach dem bloßen Recht der Societät direct dadurch nicht verpflichtet (L. 8. §. 3 D. de neg. gest. 3, 5), wenn nicht durch die Einlegung des Geldes in die gemeinschaftliche Casse der damit genehmigte Contract in der That ein von allen empfangenes Darlehn wird.

---

weil sie solvit, nach der Doppelbedeutung des Deutschen „Zahlen", von bloßem Hingeben ohne Beziehung auf eine bezahlte Schuld versteht.

Digitized by Google

L. 82 D. pro soc. (17, 2). Jure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt; wo Papinian mit den Anfangsworten andeuten will, daß allerdings wenn der aufnehmende Socius vom andern beauftragt war, der letztere auch quasi institorisch belangt werden könnte; wenn aber die Absicht beim Contract dahin ging, ihn mit der Societät d. h. allen Socii abzuschließen, so würden mit der Einlegung in die Societätscasse auch alle dieses genehmigenden nach Societätsantheilen verpflichtet werden, indem damit die beiden Erfordernisse des Contracts, Consens und Empfang in das Vermögen, für alle eintreten.

Auch daß der Darlehnsempfänger als Stellvertreter, sei er Vormund oder ein anderer — wir sehen aber nun von einem Hausſohne oder Sclaven ab — das Geld gleich für Besorgung der Geschäfte eines Anderen aufgenommen und dazu verwandt hat, wodurch er eine Ersatzklage gegen ihn erlangt (L. 17 pr. D. de in rem verso 15, 3), berechtigt den Gläubiger, wenn er nicht etwa mit dem Darlehn die Geschäfte des Dritten besorgen wollte (darüber vgl. L. 6. §. 1 D. de negot. gest. (3, 5) oben S. 55), nicht zur Klage gegen diesen Dritten, da ja mit ihm, auch wenn der Geber den Verwendungszweck kannte und wollte, der Contract nicht abgeschlossen ist und die anfängliche Bestimmung des Obligierten principaliter obligatum) durch das später Geschehene nicht alteriert werden kann. L. 13 C. h. t. (4, 2)[1]). Dieses Diocletianische Rescript:

> Eum, qui mutuam sumpsit pecuniam, licet in res alienas, creditore non contemplatione domini rerum eam fenori dante, principaliter obligatum obnoxium remanere oportet.

will mit der Voraussetzung creditore non . . . dante offenbar den Fall der L. 6. §. 1 cit. ausschließen, oder auch den, wo der Darlehnsgeber nicht dem Empfänger des Geldes (sumens mutuam pecuniam) leihen wollte, sondern dem, dessen Geschäfte dieser führte und für den er nur als Ueberbringer das Geld entgegennehmen sollte. Denn alsdann haftet jedenfalls der, in dessen Vermögen das Geld gegeben wurde, mit der condictio ex mutuo, wenn er auch erst hinterdrein den Contract mit ihm genehmigt hätte, so daß auf Seiten des Verpflichteten ganz dieselben Grundsätze zur Anwendung zu bringen sind, die wir in Abschnitt V für den aus dem Contract Berechtigten gerechtfertigt haben.

Eine sehr verbreitete Meinung (Glück Pand. XIV. S. 419 ff. Windscheid §. 483 Note 5)[2]) nimmt aber eine von den Meisten actio de in rem verso utilis titulierte Klage des Hingebers, namentlich auch Darlehngebers, wenigstens wenn sein

---

[1]) Uebereinstimmend hiermit sagt Papinian, daß auch die in rem pupilli versio den Vormund, welcher das Geld auf eignen Namen zum Darlehn empfangen hat, von der Klage nicht befreit, selbst wenn er den Pupillen von der väterlichen Erbschaft abstiniert und damit das dargeliehene Geld gleichsam an die Stelle eigenen Vermögens des Pupillen gesetzt hat. L. 39. §. 4 D. de adm. et per. (26, 7). Seine Meinung ist zugleich, daß der Pupill dem Gläubiger nicht hafte, was sonst der Fall ist, wenn der Gläubiger diesem leihen wollte, wovon später.

[2]) Beachtenswerthe neue Erklärungen haben seitdem besonders Zimmermann Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio S. 317 ff. und Mandry Familiengüterrecht II. S. 461 versucht.

Digitized by Google

Contrahent bei Besorgung der Angelegenheiten des Dritten und mit Hinweisung hierauf empfing, gegen den Dritten, in dessen Vermögen er das Empfangene verwandt hat, an auf Grund eines ein Jahr früheren Rescripts derselben Kaiser.

> L. 7. §. 1 C. quod cum eo (4, 26). Alioquin si cum libero, rem agente eius, cuius precibus meministi, contractum habuisti, et eius personam elegisti, pervides, contra dominum nullam te habuisse actionem: nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit.

Die Richtigkeit dieser Annahme ist aber schon von vornherein, selbst abgesehen von dem kaum abzulehnenden Widerspruch mit der L. 13 cit., sehr zu bezweifeln, da von diesem für den Verkehr so wichtigen Satze sich sonst keine Spur in unsern Quellen findet und seine Einführung durch ein Rescript, obendrein mit Worten, die die Kenntniß dieses Rechtssatzes bei dem Adressaten als etwas ganz Klares voraussetzt (pervides), so gut wie unmöglich scheint. Aber auch innere Gründe streiten dagegen. Die einzige sich etwa darbietende Anknüpfung desselben scheint doch die von den Meisten auch angenommene an die im princ. erwähnte actio de peculio et de in rem verso, weil da bei sonst gleichen Verhältnissen eine Person in potestate, nehmlich ein Sclav des Geschäftsherrn als Empfänger des Darlehns vorausgesetzt wird. Die Anknüpfung an diese Klage ist aber auch ganz unmöglich. War für die Anomalie dieser Klage in ihrer Richtung gegen einen Andern als den Contrahenten der dringende Billigkeitsgrund allein des letzteren die Klagbarkeit überhaupt ursprünglich ausschließendes alienum ius, in Verbindung mit der jetzigen Anerkennung eines Sondervermögens für ihn, welches der Herr, dem es gehörte, für dessen Geschäfte als Befriedigungsobject ausgesetzt zu haben schien, beziehungsweise die daraus auch folgende natürliche Verpflichtbarkeit des Herrn gegen ihn durch Verwendungen in sein Vermögen, wozu aber der Darleiher hier die Mittel hergab, so konnte doch von einer Ausdehnung dieser Klage auf die Contracte eines Gewaltfreien nicht die Rede sein, bei denen jener Billigkeitsgrund wegfiel und deren vollkommene Klagbarkeit aufs Ganze gegen diesen freien Geschäftsführer, welcher selbst sich dann wieder mit der actio mandati oder negotiorum gestorum gegen den Geschäftsherrn regressieren kann (L. 3. §. 2. L. 17 pr. D. de in rem verso (15, 3), L. 36 D. de neg. gest. 3, 5), dem dritten Contrahenten schon mehr gewährte als jene Ausnahme. Von ganz anderer Natur sind da die actio institoria und exercitoria, deren Billigkeit in ihrer Richtung gegen den Herrn darauf beruht, daß der welcher sich der Geschäftsthätigkeit eines Magister oder Institor gegen Dritte zum Vortheil seines Vermögens bedient, auch den Nachtheil, dem Dritten aus deren Geschäften zu haften, sich gefallen lassen muß, weshalb diese Klagen auch ohne Rücksicht darauf gegeben wurden, ob der Angestellte in der Gewalt des Geschäftsherrn stand oder nicht.

Der Sinn der obigen Stelle des Rescripts muß also ein anderer sein als der gewöhnlich angenommene und in der That scheint er auch hier nur in Folge ungenauer Interpretation verkannt zu sein. Die Kaiser geben in §. 1 im Gegensatz zu dem vorher und hauptsächlich vorausgesetzten Falle des Contracts mit einem fremden Sclaven, in dem bei der ihm mangelnden Persönlichkeit der Blick für die zulässige Klage nur auf einen Dritten, den Herrn, gerichtet sein konnte, für den des Contracts mit einem freien Geschäftsführer, wo der Bittsteller naturgemäß auf

Digitized by Google

dessen Person selbst als die ihm klagbar haftende sah (et eius personam elegisti — was nur auf den liber gehen kann, ohne jedoch im Gegensatz zu der Person des Principals zu stehen, und ihn nur bestimmter als den, mit dem eigentlich contrahiert werden sollte, bezeichnen will, vgl. L. 19 C. ad SC. Vell. 4, 29), die Entscheidung, daß er dann gegen den Geschäftsherrn keine Klage gehabt habe (habuisse, weil der Herr nach dem princ. inzwischen gestorben war), es sei denn, daß entweder das Darlehnsgeld unmittelbar (wenn auch vielleicht durch die Hand des liber), in sein Vermögen (also nicht des liber, dem folglich dann auch nicht dargeliehen war, noch sein konnte und sollte) als sein eigentliches Ziel kam, z. B. durch sofortige Zahlung an ihn (L. 5. §. 3 D. de in rem verso 15, 3) oder seinen Gläubiger u. s. w. für ihn (L. 6. §. 1 D. de neg. gest. 3, 5), oder daß er den Contract des liber genehmigte. In der That wäre in beiden Fällen, die ganz ähnlich auch Papinian in L. 31 pr. D. de neg. gest. (3, 5) unterscheidet und entscheidet, nach gewöhnlichen Grundsätzen der Herr verpflichtet, im ersten nach jener L. 31 [1]) und L. 6. §. 1 D. eod. vgl. auch L. 10. §. 5 fin. D. in rem verso (15, 3), mit der gewöhnlichen actio negotiorum gestorum (contraria), mit der aber auch die condictio wegen Bereicherung concurriert, im zweiten, wo die Genehmigung dem in Papinians Falle angenommenen brieflichen allgemeinen Mandat an den Freigelassenen oder Freund zur Aufnahme eines Darlehns gleichsteht (L. 7 pr. D. de instit. act. (14, 3), vgl. L. 1. §. 6 D. quod iussu 15, 4), mit der quasi institorischen neg. gest. actio (contraria), indem, wenn hier auch dem rem agens selbst (da pecunia non processerat in rem domini und der Darleiher also selbst auch nicht dessen negotia gerierte) geliehen wurde, dieser doch mit dem Darlehnsgeschäft selbst eine negotiorum domini gestio vornahm, aus der der Herr, da er sie genehmigt hatte, eben so haftete, wie aus dem Verkauf eines wirklichen institor tabernae [2]). Im ersten Falle ist es willkürlich, die Worte in rem eius pecunia processit nach der gewöhnlichsten Auslegung gerade von einer erst spätern in rem domini versio, also einer durch besondern Quasi-Contract vollzogenen Verwendung des vom Geschäftsführer selbst erhaltenen Darlehns zu verstehn [3]); die Kaiser vermeiden hier offenbar absichtlich diesen letztern, wiewohl synonymen, aber auf die actio de in rem verso sich beziehenden Ausdruck, den sie im princ. principaliter eben von dieser gebraucht haben, während der von ihnen gewählte mehr

---

[1]) Indem nach dem Zusammenhang zu den Worten etiamsi pecunia non sit in rem eius versa zu verstehn ist: denn in diesem Fall der geschehenen in rem eius versio hat die gewöhnliche actio neg. gest. gar keinen Zweifel.

[2]) Daß die Kaiser hier auch an eine condictio ex mutuo gedacht hätten, die allerdings Statt finden würde, wenn der Geschäftsführer das Darlehn auf den Namen des Herrn, der später genehmigt hat, geschlossen hätte, kann man nicht annehmen, weil dazu auch noch gehören würde, daß das Geld in das Vermögen des Herrn gegeben wäre, welcher Fall aber dem zweiten entgegengesetzt wird.

[3]) In L. 13. C. ad SC. Vell. (4, 29), wo von vornherein constatiert wird, daß in Wahrheit das Darlehn der Frau gegeben sei, können die Worte sive tota quantitas feneris sive pars eius in usum mariti processisse proponatur doch auch ebensowohl von einem gleich anfänglich wie von einem erst später dem Manne verstatteten Verbrauch verstanden werden.

Digitized by Google

objective und allgemeine eben so wie der pecunia proficiscitur in L. 2. §. 3. L. 15 fin. D. h. t. L. 3 C. quando ex facto (5, 39) auf ein unmittelbares den Consens dessen, an den das Geld gelangt, voraussetzendes Darlehn hinweist. Im zweiten Falle, wo die Genehmigung sich auf die Stellvertretung im Contract bezieht, zeigen die Worte vel hunc contractum ratum habuit selbst an, daß nur hier und nicht im alternativen ersten mit dem Geschäftsführer und also nicht auf den Namen des Principals der Darlehnscontract abgeschlossen ist.

Nach dieser den Worten und den sonstigen Grundsätzen des Römischen Rechts gerecht werdenden Auslegung enthält also die L. 7. §. 1 cit. gar nichts von der monströsen vermeintlichen actio de in rem verso utilis, selbst nicht für den Fall, wo sie aus dem einem negotiorum gestor als solchem gemachten Darlehn blos aus dem Grunde der Verwendung desselben im Interesse des Herrn gegen diesen zustehen soll.

Im Falle, wo der Hingeber des Geldes an den negotiorum gestor mit dem Geschäftsherrn, auf dessen Genehmigung hoffend, contrahieren wollte, kann man noch fragen, wie es mit dem Eigenthum an den gegebenen Geldstücken stehe? Vorausgesetzt, daß der Geschäftsführer zu deren Annahme keinen Auftrag hatte — denn mit einem solchen erwürbe er das Eigenthum dem Herrn sofort (L. 5 pr. D. de don. int. vir. (24, 1) u. s. w.) — so würde er selbst zwar, wenn nicht das Gegentheil beabsichtigt worden, auch nicht Eigenthümer werden, aber doch das Geld, ohne daß der Geber es inzwischen zurückfordern könnte, der Procurator aber auch die Gefahr trüge (arg. L. 4 pr. D. h. t.), befugter Weise an den Vertretenen gelangen lassen oder in dessen Vermögen verwenden und dieser durch seine Genehmigung des Darlehns das noch unverwandte Geld selbst in sein Eigenthum, auch das verwandte aber als Darlehnsbetrag in sein Vermögen bringen und somit dem Gläubiger aus dem Darlehn haften, und benigne (nach L. 24. §. 3 D. de reb. auct. iud. 42, 5) ließe sich das letztere auch wohl behaupten, wenn der Geber auf den Geschäftsführer Eigenthum übertragen wollte (vgl. L. 6. §. 1 D. de neg. gest. 3, 5). Ein directes Quellenzeugniß für diese ganze Auffassung kenne ich zwar nicht, sie folgt aber aus der Natur der Stellvertretung und des Darlehns als Vermögensgeschäfts und wird für die Frage des Eigenthums bestätigt durch eine Stelle von Paulus über die in dieser Hinsicht ähnliche Schuldbezahlung.

> L. 23 (24) D. de neg. gest. (3, 5). Si ego hac mente pecuniam procuratori dem, ut ea ipsa creditoris fieret, proprietas quidem per procuratorem non adquiritur (dem Gläubiger und Principal des Procurator); potest tamen creditor, etiam invito me, ratum habendo pecuniam suam facere, quia procurator in accipiendo creditoris dumtaxat negotium gessit: et ideo creditoris ratihabitione liberor.

Zwar denkt Paulus, da nur von Bezahlung einer Schuld die Rede ist, blos an Uebergang des Eigenthums der gegebenen Geldstücke selbst (ea ipsa pecunia) an den Gläubiger durch dessen Genehmigung der Hingabe für ihn an seinen Procurator, der also selbst durch diese auch nicht Eigenthümer wurde. Selbst in diesem Falle würde aber, wenn der Procurator z. B. die Geldstücke bona fide für seinen Herrn consumiert und dieser dann genehmigt hätte, Befreiung des Schuldners eintreten. Denn das Geld wäre auch dann in das Vermögen des Gläubigers gekommen.

Oft wird es bei einem Darlehn an den Geschäftsführer, der es als solcher für die Geschäfte seines Herrn bedarf, unklar sein, ob es ihm selbst gemacht oder

Digitized by Google

ihm nur für seinen Herrn hingegeben sein soll. Dann wäre im Zweifel das erste als das nächstliegende anzunehmen. Es könnte aber auch so gegeben sein, daß es entweder ihm oder, wenn er es für seinen Herrn verwendete, diesem geliehen sein solle, so daß dann — nach einstweiliger Ungewißheit des Schuldners — die von dem letzteren genehmigte Verwendung ihn zum Schuldner des Darleihers machte [1]). Diesen nach der Natur des Darlehns als Vermögensgeschäfts wohl häufigsten Fall muß man beim Darlehn an eine Stadtgemeinde im Auge behalten, bei der die Wirksamkeit des Darlehns überhaupt nur auf ius civile proprium beruhen kann; denn natürlicher Weise kann sie, weil nicht consentieren und consumieren, auch keinen Darlehnscontract weder gebend noch nehmend schließen, selbst nicht durch einen Sclaven, obgleich dieser die ihm gegebenen Darlehnssachen der Stadt erwerben würde. Doch werden vom Römischen Staat selbst gegebene Gelddarlehne, zur Behebung einer öffentlichen Geldklemme durch eigene dafür bestellte außerordentliche Beamte, deren Ernennungsgesetze natürlich auch die Bedingungen und die Wirksamkeit ihrer Contracte vorschrieben, schon frühzeitig erwähnt [2]) und auch empfangene städtische Darlehne kommen schon längst vor der Zeit unserer Rechtsquellen vor, z. B. bei Cic. agrar. 2, 30, 83. Siciliae civitatibus bello fugitivorum (beendigt a. u. 622) M' Aquillius etiam mutuum frumentum dedit. Wegen der Unentbehrlichkeit derselben für den städtischen Haushalt mußte das Municipalrecht frühzeitig die erforderlichen Fictionen dafür aufstellen, woraus denn das uns bekannte Recht der Kaiserzeit hervorging. Danach macht das von der städtischen Verwaltung rechtmäßig gegebene Darlehn eine Forderung der Stadt selbst, der auch das für sie bedungene Pfandrecht und außerdem das bekannte Concursprivilegium und das meist übersehene Recht nach Veräußerungen des zahlungsunfähig gewordenen Schuldners sich pro rata an die dritten Besitzer der veräußerten Sachen executiv zu halten zusteht. L. 15 D. de SC. Maced. (14, 6). L. 3 C. de compens. (4, 31). L. 4 C. quo

[1]) Eine ähnliche Unklarheit kann auch entstehen, wenn Eheleute zusammen ein Darlehn aufnehmen. Davon sagt das Syrisch-Röm. Rechtsbuch §. 55. S. 17: „Wenn ein Weib mit ihrem Gatten entleiht und einen Schuldschein schreibt und das Geld bekommt, so wird das Geld von ihr gefordert, wenn es für sie oder die ihr von ihren Eltern zugekommene Erbschaft verwendet wird; das Geld wird aber (von ihr) nicht gefordert, wenn es verwendet wird auf die Sachen ihres Mannes." Eine Bestätigung der Ansicht, „daß Intercessionen von Frauen gültig sind, wenn sie in ihrem eigenen Interesse vorgenommen sind," vermag ich in dieser Stelle nicht mit Bruns daselbst S. 225 zu finden. Vielmehr ist ihr Sinn, daß in diesem Falle die Verwendung über die Absicht der Parteien entscheide, ob nehmlich die Frau das nach dem von beiden unterschriebenen Schuldscheine von ihr empfangene Darlehnsgeld für sich oder für ihren Mann empfangen habe. Verwandte sie es in ihr Vermögen, so haftet sie, weil ein gewöhnliches Darlehn ohne Intercession vorliegt, die Mitunterschrift des Mannes rechtlich bedeutungslos ist; wenn aber in des Mannes Vermögen, so haftet sie nicht, weil sie für jenen intercedierte, oder wenn dieses die Meinung der Unterschrift des Mannes war, der Mann aus dem Darlehn für diesen Fall verpflichtet sein wollte. Von Correalität (L. 17. §. 2 D. ad SC. Vell. 16, 1) sagt die Stelle nichts.

[2]) Mommsen Röm. Staatsrecht II. 2. S. 1017. Eine spätere (unter dem Kaiserthum) mehr privatrechtlich eingerichtete Nachahmung s. bei Tacit. Ann. 6, 17. Tributi selbst temerarii collationes an den Römischen Staat (mein Serv. Tull. S. 490) sind keine Darlehne, wofür sie die Neuern oft ausgeben.

Digitized by Google

quisque ord. (11, 35). L. 2 C. de debit. civit. (11, 34) mit J. Gothofr. ad Th. C. 12, 11. Nehmen die Verwalter aber für die Stadt (pro ea, in deren Vertretung und Interesse, nicht nomine eius, L. 11 pr. D. de pign. 20, 1) ein Darlehn auf, wofür sie auch deren Sachen verpfänden dürfen, so gilt der Satz, den Ulpian im 10. Buche zum Edict, also bei dem Titel quod cuiusque universitatis nomine für die civitates, nicht für die universitates überhaupt ausspricht:

> L. 27 D. h. t. Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem eius pecuniae versae sunt: alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur.

Ein bloßer Beschluß der Gemeinde oder ihres Finanzvorstandes, der Decurionen, durch den sie die Cassenverwaltung zur nachher erfolgten Aufnahme bevollmächtigt oder diese genehmigt, würde also, obgleich man dieses oft annimmt (Glück Pand. XII S. 50) die erstere dem Gläubiger nicht verpflichten, die in rem versio aber sich hier ähnlich bestimmen, wie bei der actio de in rem verso, nur daß das bloße Empfangen des Geldes Seitens der Verwaltung für die Gemeinde ohne Einlegung in die Gemeindecasse noch keine in rem versio ist, und die Rücksicht bei jener Klage, daß der Herr dadurch dem Sclaven natürlich verpflichtet werde und bleibe, hier wegfällt, vielmehr die Verwendung zum Nutzen der Gemeinde ganz an die Stelle der contractlichen datio als einer Vermögenserweiterung beim Privatdarlehn tritt, also auch vom Kläger bewiesen werden muß. Es wurde also in der That nur jene bei privaten Verwaltern nach Absicht der Parteien auch mögliche Alternativität des Schuldverhältnisses aus der Darlehnsgabe für Städte in angemessener Fürsorge für sie zur Regel gemacht[1]). Dasselbe Recht erstreckte Justinian durch Nov. 120. c. 6. §. 3 auch auf Klöster und Kirchgemeinden; vgl. auch c. 4 X de fideiuss. (3, 33). Bei andern Corporationen, die ein solches singuläres Recht nicht erhalten haben, würde dagegen blos der von ihnen angestellte Verwalter für das Darlehn haften. Doch betrachtet schon die Glosse zu L. 27 cit. die Stadtgemeinde nur als ein Beispiel der juristischen Personen (sie nennt collegia) und scheint danach die Praxis das Recht der ersteren auch bei den letzteren überhaupt anzuwenden (vgl. Heimbach S. 271).

Pupillen, die nicht mehr infantes sind, können mit Auctoritas des Vormunds durch Darlehnsempfang eben so wie durch andere Contracte sich gültig verpflichten. L. 5 pr. D. de auct. et cons. (26, 8). L. 5 D. de reg. iur. (50, 17). Ohne sie würden sie zwar Eigenthümer des Hingegebenen, aber nicht dadurch obligiert werden, wovon später. Mündige Minderjährige verpflichten sich zwar durch den Empfang ipso iure gültig, haben aber, ohne Rücksicht auf den Zutritt des Curator, die immer dauernde Einrede aus der Lex Plätoria, wenn sie nach Entscheidung des Prätors böslicher Weise verkürzt worden sind und auch im Falle bloßer Verkürzung innerhalb der gewöhnlichen Zeit das Rechtsmittel der Restitution[2]), welches beides auch für den Pupillen gilt, der mit Zuziehung des Tutor handelte. Besonders die erstere Vorschrift

---

[1]) Andere Ansichten s. bei Heimbach Creditum S. 268 ff. und den von Windscheid Pand. §. 370 Note 16 und Brinz Pand. §. 235 S. 1083 angeführten Schriftstellern.

[2]) Vgl. darüber das Nähere in meiner Abh. über die vermögensrechtliche Handlungsfähigkeit der Minderj. in der Zeitschr. f. R. G. XIII. No. III. IV. S. 316 ff. No. VI. S. 348 ff.

Digitized by Google

führte gewiß frühzeitig dahin, daß nothwendige Darlehne für den mündigen oder unmündigen Minderjährigen blos vom Vormunde vermöge seines Rechts der gestio aufgenommen wurden. Dieses konnte nun theils nach L. 5. §. 1 D. quando ex facto (26, 9)[1]) so geschehen, daß er das Darlehn in eigenem Namen und dann meist auch nach eigenem Chirographum (L. 16. §. 1 rest. C. de fide instrum. 4, 21) mit sofortiger und alleiniger eigener Verpflichtung, auch wenn er das empfangene Geld für den Pflegling verwandte (L. 39. §. 4 D. de adm. et per. (26, 7) oben S. 74), theils nach dem, was bei Auslegung der L. 7. §. 1 C. cit. gesagt worden ist, auch so, daß er es für das Vermögen des Pfleglings abschloß, in welchem Falle er auch Sachen desselben dafür mit obrigkeitlichem Decret gültig verpfänden konnte (L. 16 pr. D. de pign. act. (13, 7). L. 3 C. si aliena res 8, 16). War auch im letzteren Falle das Geld in das Vermögen des Pfleglings gekommen, so erlangte der Gläubiger gegen ihn durch seine Genehmigung, die aber einen Mündigen, wenn auch erst nachher mündig Gewordenen voraussetzt, die condictio ex mutuo[2]), ohne dieselbe die condictio sine causa, der Vormund selbst aber haftete nicht, wenn er nicht auf Stipulation promittiert hatte. Dieses Recht bestätigt nun auch theils ausdrücklich theils stillschweigend argumento a contrario das Rescript von Gordian in L. 3 C. quando ex facto tut. (5, 39).

> Si in rem minoris pecunia profecta sit, quae curatori vel tutori eius nomine minoris mutuo data est, merito personalis in eundem minorem actio danda est.

Der Ausdruck in rem minoris pecunia profecta sit entspricht ganz dem in rem eius processit in der L. 7. §. 1 C. cit., der sonst auffällige allgemeine Name personalis actio erklärt sich aus der Möglichkeit zweier Klagen, der condictio ex mutuo, wenn der Minderjährige genehmigte, und der condictio sine causa, wenn er nicht genehmigte; doch könnte der Gläubiger auch, wenn er eine Geschäftsführung für den Minderjährigen mit seinem Darlehn beabsichtigte, ihn

---

[1]) Papinianus resp. lib. 5 .... non idem (nehmlich daß der Vormund die Klage wegen eines Judicats gegen den Vater des Pupillen, welches der Tutor zu bezahlen constituiert hat, nach beendigter Tutel ablehnen dürfe) in eo placuit, qui suo nomine mutuam pecuniam accepit et iudicatum (das vorgedachte Judicat mit Verwendung dieses Darlehns dazu) pro pupillo fecit: nisi forte creditor ideo contraxit, ut in causam iudicati pecunia transiret. Trat also ein suo nomine erhaltenes und zur Bezahlung des Judicats verwandtes Darlehn nicht nach Absicht der Parteien ausdrücklich an die Stelle der Judicatsschuld, die er damit bezahlte (vgl. L. 24. §. 3 D. de reb. auct. iud. 42, 5) und die als solche nur aus der Pflicht der processualen Vertheidigung (iudicii acceptio) des Vormunds, nicht aus dessen (negativem) Vermögen stammte, so haftete der Pflegling dem Gläubiger dafür auch utili actione niemals, sondern nur der Vormund, der sie aber von ihm ersetzt verlangen konnte. Eine utilis actio gegen den Pflegling findet bekanntlich nur Statt, wenn die Schuld des gewesenen Vormunds materiell aus einer Schuld des Pfleglings entstanden ist.

[2]) Als mit dem Minderjährigen eingegangenes Geschäft fiel dann das Darlehn an sich auch unter die Lex Plätoria, aber in der Regel ohne Gefahr für den Gläubiger, wenn nehmlich das Dargeliehene wirklich in das Vermögen des Pfleglings gekommen und er also nicht verkürzt war.

Digitized by Google

mit der actio negotiorum gestorum belangen (L. 6. §. 1 D. de neg. gest. 3, 5). Von einer utilis actio ist aber nicht die Rede. Die neuern Erklärungen beachten auch hier den Unterschied nicht, ob der Vormund im eigenen Namen oder in dem des Pfleglings das Darlehn für ihn aufgenommen hat, und noch verkehrter ist es, hinsichtlich der Frage, ob das Geld in das Vermögen des Schuldners, hier des Pfleglings gelangt sei, den Beweis, den doch stets der Gläubiger führen muß, hier, wenn der Vormund nur als solcher gehandelt hat, in der Negative dem belangten läugnenden Minderjährigen aufzulegen mit Glück Pandekten XII. S. 53.

Für einen Wahnsinnigen, dem auch der gerichtlich erklärte Verschwender gleich zu achten (L. 25 D. de fidei. 46, 1), oder für eine Concursmasse würde der Curator immer nur in eigenem Namen ein Darlehn aufnehmen können, weil sein Pflegling nicht consentieren kann und das besondere Recht der Städte auf diese Fälle nicht ausgedehnt werden darf.

Zurückkommen müssen wir aber in besonderer Erörterung noch auf den consensfähigen Pupillen, weil die Frage, in wie fern er überhaupt durch seine ohne Auctoritas des Tutor geschlossenen Contracte obligiert werde, mit der ganzen Lehre von der naturalis obligatio, auf die wir aber natürlich hier nicht eingehn können, bekanntlich sehr bestritten ist[1]). Die einander zu widersprechen scheinenden Stellen dürften sich durch folgende Auffassung, die zugleich dem Darlehn als Vermögensgeschäft gerecht wird, vereinigen lassen.

Eigenmächtige contractliche Selbstobligierung und Veräußerung der consensfähigen Personen unter Vormundschaft, auch der Pupillen[2]), stehen einander für die rechtliche Beurtheilung ihrer Gültigkeit nicht gleich. Ihre Veräußerung gilt schlechthin nicht, weil die Verfügung über die körperlichen und unkörperlichen Sachen des Pfleglings dem Vormunde als ausschließliches absolutes Recht zusteht. Ueber die Person des caput liberum und deren bei einem Consensfähigen schon vorhandenes Gewissen, worauf es bei der contractlichen Selbstverpflichtung ankommt, hat er ein solches Recht nicht[3]). Diese Person, wenn auch noch unmündig, kann sich also auch natürlicher Weise (stricto iure naturali s. gentium) durch die dazu dienlichen Verkehrshandlungen — deren Erfordernisse also auch vorausgesetzt — eben so formal gültig wie ein Erwachsener einem oportere unterwerfen (vgl. L. 7. §. 2. L. 8 D. de instit. act. 14, 3), wie denn unläugbar der Unmündige ein solches Müssen als Bedeutung und Folge derselben in sich fühlt, und insofern heißt es von diesem jedenfalls mit Recht, daß er naturaliter obligiert werde[4]). Nur ist

---

[1]) Vgl. die Litteratur und den heutigen Stand der Lehre bei Windscheid Pand. §§. 287—289.

[2]) Dagegen sehen wir hier von der Tutel über Weiber ab, die überhaupt nicht im vollen Sinne, sondern nur civili ratione in der Tutel standen.

[3]) Vgl. darüber meinen Aufsatz in der Zeitschr. f. R.-Gesch. XIII. S. 314 flg. No. III. S. 316 flg. No. V. S. 339 flg.

[4]) Obligatio steht hier also in dem factischen Sinne von contrahere durch promissio, venditio, emptio u. s. w., die natürlich wahr (Gai. 4, 134), und unabhängig von der Frage, welchen Grad von Verbindlichkeit und in welchem Umfange sie erzeugen, eben so beim Pupillen wie beim Erwachsenen eintreten: dagegen nicht auch beim Furiosus, Infans

Digitized by Google

dieses Müssen als Wirkung jener Unterwerfung bei ihm an sich ein schwaches, wie seine noch unentwickelte Persönlichkeit selbst; ein vollständig starkes d. h. civilrechtlich klagbares (civilis obligatio) wird es nur durch den Zutritt der auctoritas tutoris zur obligierenden Handlung. Schwach an sich ist es aber, da die Unmündigen nach natürlichem Recht selbst unter Tutel stehen (Gai. 1, 189), also als unvermögend anzusehen sind, etwas zu ihrem Nachtheil vorzunehmen, so weit, daß nach materiell natürlichem Recht (der naturalis aequitas) der Pupill selbst in keiner Art als dadurch verpflichtet angesehen werden darf, und nach dieser Seite der Wirksamkeit ist es also eben so wahr, daß der Pupill durch seine Contracte nicht, auch nicht natürlich obligiert d. h. schuldig werde oder, wie es auch heißt, die Obligation desselben nichtig sei [1]) — wenn nicht etwa diese Unwirksamkeit durch eine höhere andere Rücksicht der natürlichen Billigkeit wieder beseitigt wird. Steht also diese materielle Seite überhaupt nicht in Frage, so gilt die Obligation mit voller Kraft. Diese Auffassung wird durch unsere Quellen bestätigt, welche wir aber zuvörderst mit Ausschluß der das Darlehn betreffenden Stellen anführen.

So äußert also die Obligation des Pupillen ihre volle Kraft namentlich, wenn überhaupt nur die factische Seite ihrer Entstehung (die obligatio als Obligierung) wegen einer Wirksamkeit nach außen hin in Betracht kommt. Daher wird durch ein novierendes promittere des Pupillen eine frühere Obligation (Gai. 3, 176. §. 3 I. quib. mod. toll. 3, 29), durch den Verkauf an ihn zu bessern Bedingungen die frühere in diem addictio aufgehoben (L. 14. §. 3 D. de in diem add. 18, 2). So aber auch, wenn zwar die Wirksamkeit der Obligation als geschlossene, also die Verbindlichkeit in Frage steht, aber in einer Anwendung, welche nicht ein Müssen des Pupillen selbst zu seinem Nachtheil geltend macht oder voraussetzt. Daher tritt auch dafür ein Bürge gültig ein (L. 2 D. de fidei. (46, 1). L. 35 D. de rec. (4, 8). L. 42 pr. D. de iureiur. (12, 2). L. 127 D. de V. O. (45, 1). L. 95. §. 4 D. de solut. 46, 3), der aber keine Mandatsklage gegen den Pupillen hat [2]), und

---

oder dem Peregrinen, der auf spondesne? mit spondeo antwortet u. s. w. Es scheint mir unrichtig, wenn in den neuern Untersuchungen dieser Materie obligatio allgemein nur in dem Sinne von Verbindlichkeit (debitum) aufgefaßt wird.

[1]) Natura non debet L. 41 D. de cond. ind. (12, 6). ne quidem naturali iure obligatur. L. 59 D. de obl. et act. (44, 7). obligatio nulla est Gai. 3, 167. non obligatur L. 9 D. de instit. act. (14, 3).

[2]) L. 25 D. de fidei. (46, 1) Ulpian lib. 11 ad edictum, in dem er von der in int. restitutio handelte: Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigove vel furioso fideiusserit, magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit. Diese Stelle hat nach verfehlten ältern Interpretationen Girtanner Bürgschaft S. 21 ff. ebenfalls nach dem überlieferten Texte zu erklären versucht: man sieht aber nicht ein, warum dem Pupillen keine directe Mandatsklage gegen den von ihm aufgeforderten Bürgen zustehn soll, da er sonst aus seinen ihm nützlichen Contracten auch ohne Zuziehung des Tutors erwirbt und doch gar wohl ein Interesse an dieser Bürgschaft haben kann, vgl. z. B. L. 35 D. de rec. (4, 8). Die Basiliken, welche das non subveniatur davon, daß der Bürge dem Gläubiger hafte, d. h. von ihm verweigerter in integrum restitutio verstehn, wofür auch schon der lib. 11 ad ed. und der Ausdruck non subveniri spricht, übersetzen den Schlußsatz οὐκ ἔχει δὲ (nehmlich fideiussor) κατ' αὐτῶν τὴν τῆς ἐγγύης ἐνοχήν, wonach sie c' (cum)

Digitized by Google

der Geschäftsherr haftet auch aus den Institorcontracten eines Pupillen (L. 7. §. 2. L. 8 D. de inst. act. (14, 3), es gilt eine Aufhebung dieser Schuld durch ein mit dem Pupillen abgeschlossenes pactum oder durch dessen Abschwörung (L. 95. §. 4 D. de solut. (46, 3). L. 42 pr. D. de iureiur. 12, 2) und ein Dritter befreit ihn gültig durch Expromission (L. 1. §. 1 D. de novat. 46, 2), natürlich auch durch Erfüllung — jedoch auch da ohne Rückforderungsrecht von ihm. Wogegen die ihm ja an sich nachtheilige, weil eine Aufopferung aus seinem Vermögen erfordernde eigene Erfüllung ungültig ist, folgeweise ihn zur condictio indebiti berechtigt (L. 41 D. de cond. ind. 12, 6), und mit Recht behauptet wird, daß der Gläubiger eine solche Forderung auch nicht zur Compensation gegen ihn benutzen könne, ausgenommen ex eadem causa, wo wiederum auch aus einem Grunde der natürlichen Billigkeit der Pupill sein Recht gegen ihn nicht geltend machen kann, ohne das des andern Contrahenten anzuerkennen. L. 3. §. 4 D. de neg. gest. (3, 5). L. 7. §. 1 D. de resc. vend. (18, 5).

Unser vorstehendes Zugrundelegen der beiden Seiten und Bedeutungen sowohl von obligari und obligatio als von natura und naturale löst also in der That alle scheinbaren Widersprüche in den Quellen, indem es zugleich ein in sich begründetes Resultat ergibt. Es rechtfertigt sich aber auch nicht blos durch sich selbst, sondern wir finden jene beiden Seiten der factisch natürlichen Obligierung und der für den Pupillen selbst ohne tutoris auctoritas nach natürlichem Rechte nicht vorhandenen Schuld auch ausdrücklich unterschieden in L. 42 pr. D. de iureiur. (12, 2), weshalb wir sie, obgleich sie mittelbar ein Darlehn betrifft, schon hier anführen. Es handelt sich um die Frage, ob, nachdem in einem Proceß über ein Gelddarlehn gegen einen Pupillen dieser geschworen hat, se dare non oportere, dem Bürgen die exceptio iurisiurandi zu geben sei oder nicht. Der Eid, sagt Pomponius nach Julian, konnte einen doppelten Sinn haben. Er konnte nach Einverständniß der Parteien darauf gehen, daß der Pupill überhaupt kein Darlehn empfangen habe, was der Jurist nachher einen Eid de facto nennt, alsdann naturalis obligatio hac pactione tolletur et (die von dem Bürgen irrthümlich) soluta pecunia repeti poterit. Bestritt aber der Pupill nur das ius, d. h. die für ihn selbst ohne den Vormund natura nicht verbindlich entstandene Schuld und schwor dann, so ist der Bürge nicht zu schützen (da bei unbestrittener Obligierung für den Bürgen auch ein naturaliter debitum geblieben ist). Im Zweifel umfasse aber der Eid beide Streitgründe und gewähre also dann dem Bürgen sowohl exceptio als condictio. Es scheint klar, daß Julian naturalis obligatio hier im Sinne von Obligierung im natürlichen Sinne verstand.

---

his statt his gelesen zu haben scheinen, und das ist hier das Richtige. Vgl. L. 13. pr. D. de minor. (4, 4) . . . sed potius ipsi deneganda erit mandati actio. Den Zusatz prodigove vel furioso muß man in diesem Zusammenhange auf einen solchen (Minderjährigen) beziehn, von dem es ungewiß war, ob er nicht Verschwender oder wahnsinnig sei, weshalb der Gläubiger sich mit ihm ohne einen für diesen Fall ihn sichernden, eben damit aber auch die Gefahr dieser Eigenschaften wegen Ungültigkeit der Hauptobligation nicht sowohl in einer Bürgschafts- als in einer bedingten Obligation selbst übernehmenden Nebenschuldner nicht einlassen wollte. Deshalb sagen die Basiliken, der Verpflichtete habe nicht τῆς ἐγγύης ἐνοχήν (die dem Bürgen — was dieser Nebenschuldner nicht eigentlich ist — zustehende Ersatzforderung).

Digitized by Google

Die gedachten Grundsätze gelten nun zwar auch vom Darlehn, mag ein Dritter, oder der Tutor selbst es dem Pupillen ohne Zuziehung eines Mitvormundes gegeben haben. L. 5 pr. D. de auct. et cons. (26, 8). Bei diesem Contract zunächst kommt aber wieder noch ein anderes Moment der natürlichen Billigkeit in Betracht, welches hier eben so die sonstige Nichthaftung des Pupillen wieder ausschließt, wie bei seinen Consensualcontracten, wenn er sie geltend machen wollte, ohne auch seine eigene Verpflichtung daraus anzuerkennen, daß nehmlich der Pupill durch den Empfang der Sachen des Gläubigers bereichert (locupletior factus) sein kann und in der Regel und zunächst ja auch ist, er aber aus seinem Contract nur nicht durch Haften Nachtheil erleiden, aber nicht durch Nichthaften Unrecht thun soll, was geschähe, wenn er die durch den Contract aus dem Vermögen des Gläubigers erhaltene Bereicherung zu dessen Schaden behielte; nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem (L. 14 D. de cond. indeb. 12, 6). Diese Bereicherung ist nun wohl zu unterscheiden von dem gewöhnlichen Empfang ins Vermögen, ohne welchen das Darlehn überhaupt nicht zu Stande kommt. Während dieser nehmlich bei Erwachsenen regelmäßig mit dem Eigenthumserwerb zusammen fällt, ist dieses beim Pupillen nicht oder doch gleichsam nur unter einer Bedingung der Fall; denn in Folge seines natürlichen Unvermögens von dem ihm allein Gegebenen schon von selbst den rechten Gebrauch zu machen und zwischen nützlicher Verwendung und Verkommenlassen verantwortlich zu unterscheiden, ist das in sein Eigenthum und in seine Hände Gekommene — anders z. B. mit dem gleich zur Bezahlung seiner Schuld Verwandten — nur dann auch wahrhaft in sein Vermögen gelangt, wenn er es nicht wieder verwahrlost oder unnütz verwandt hat, und nur alsdann heißt er dadurch bereichert. Genau genommen ist es also ganz richtig, wenn Licinius Rufinus in einer erst von zweiter Hand als L. 58 (59) D. de obl. et act. (44, 7) in die Florentina gekommenen, aber auch von den übrigen Handschriften und den Basiliken anerkannten Stelle aus seinem lib. 8 regularum sagt, daß der bloße Darlehnsempfang den Pupillen auch natürlich nicht obligiere:

> Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur.

Ginge das Geld unter, ehe er es z. B. in seine unter dem Vormund stehende Casse gelegt (L. 3. §. 7 D. de in rem verso 15, 3), so wäre es nicht in sein Vermögen gekommen und er dadurch auch natürlich nicht obligiert. Der Comparativ locupletior bezieht sich also doch nur auf das dauernde Mehr[1]) oder Mehr im Vermögen, als er ohne den Empfang gehabt hätte, und zwar dem Zeitpunct nach, wie es die gegen ihn angestellte Klage zur Zeit der litis contestatio vorfindet, bestehe es übrigens in den dann noch vorhandenen Geldstücken oder in dem, was damit nützlich angeschafft, durch Ausleihen als Forderung, durch Bezahlung einer Schuld als Befreiung erlangt ist, ohne daß aber zufällige weitere Verluste in Betracht kommen[2]). Für dieses Mehr ist nun der Pupill wieder naturaliter verpflichtet, sei es in dem Sinne einer billiger Weise anzunehmenden oder in dem

---

[1]) Locuples, welches eigentlich von dem, der Grundstücke, etwas Dauerndes hat, gesagt wird, ist daher absichtlich gewählt.

[2]) Vgl. L. 47 pr. §. 1 D. de solut. (46, 3). L. 10. §. 1 D. de neg. gest. (3, 5). L. 11. §§. 4. 5 D. de minor. (4, 4). L. 37 pr. D. de neg. gest. (3, 5).

Digitized by Google

einer sächlich materiell (wie beim Besitz im Gegensatz zu einer nur iure oder civiliter durch Worte vgl. L. 53 D. de acq. rer. dom. 41, 1) bewirkten wirklichen Schuld, wie naturalis obligatio auch sonst vorkommt. L. 11. §. 2. L. 49. §. 2. L. 9. §. 1 D. de pecul. (15, 1). L. 126. §. 1 D. de verb. obl. (45, 1). L. 59 vgl. auch L. 15 pr. D. de cond. ind. (12, 6). Und weil durch dieses Mehr in seinem Vermögen auf Kosten eines Andern, der sich um diesen Betrag doch nicht verkürzen wollte, materiell der ganze Grund wegfällt, weshalb der Pupill ohne tutoris auctoritas nicht eben so wie ein Erwachsener obligiert wird, war es ganz consequent, daß die bekannte Verordnung von Kaiser Pius dem Gläubiger darauf auch eine Klage gab, die sich nach ihrer ratio auch auf alle andern Fälle erstreckt, in denen der Pupill durch seine Geschäfte aus dem Vermögen eines Andern grundlos bereichert ist. L. 5 pr. D. de auct. tut. (26, 8). L. 10 D. de instit. act. (14, 3). L. 3 pr. D. commod. (13, 6). L. 66 D. de solut. (46, 3) u. s. w.[1]). Zahlt er also ein Darlehn, wodurch er auch bereichert worden, im Zustande der Veräußerungsfähigkeit zurück, so kann er jedenfalls nicht zurückfordern.

> L. 13. §. 1 D. de cond. ind. (12, 6) Ulpianus: Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit et locupletior factus est, si pubes factus solvit, non repetit.

wogegen L. 41 D. eod. von Neratius seiner Erfüllung einer durch Verbalcontract ohne zugezogenen Tutor entstandenen Obligation die Kraft der Bezahlung einer natürlichen Schuld abspricht und daher die Rückforderung gestattet.

Es kommt hiermit das Eigenthümliche der Realcontracte und, sofern ein solcher das Vermögen betrifft, des Mutuum insbesondere zur Erscheinung, daß sie allein durch hingegebene Sache und damit Verwandlung eines absoluten Rechtsverhältnisses in ein obligatorisches verpflichten, was die ursprünglichste und im besonderen Sinne natürliche Verpflichtungsweise ist, weshalb die so entstandenen Obligationen allein auch nur durch eben so starke Aufhebungsweise, d. h. durch Rückgabe beziehungsweise bei den Sachcontracten in das frühere absolute Sachverhältniß, beim Mutuum in das Vermögen des Gläubigers ipso iure gelöst werden können[2]).

---

[1]) War das Geschäft bonae fidei, so scheint man schon nach deren Natur die directe Klage zugelassen zu haben, so daß Pius dieses nur auch auf stricte Verhältnisse ausdehnte. L. 6 pr. L. 37 pr. D. de negot. gest. (3, 5). L. 2 C. eod. (2, 19). Nur bei den übrigen Realcontracten wie Commodat u. s. w. konnte man davon, daß der Pupill die Sache blos bei sich hatte, nicht eigentlich sagen, daß er dadurch bereichert sei. Hier wandte man die Verordnung des Pius analog an. L. 3 pr. D. commod. (13, 6). Daß aber allgemein schon vor dem Rescript des Pius dasselbe Recht gegolten habe (Savigny Obl.recht I. S. 64), entspricht weder den Quellen (L. 3. §. 4 D. de negot. gest. 3, 5) noch der Rechtsentwickelung im Römischen Processe, die für das locupletiorem fieri in dieser Anwendung und eine Klage mit besonderer taxatio in der condemnatio auch eine besondere Rechtsbestimmung erforderte.

[2]) Darauf macht Pomponius aufmerksam in L. 80 D. de solut. (46, 3). Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis veluti cum acceptum promissori fit, re veluti cum solvit quod promisit. aeque cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi

Digitized by Google

Doch fragt sich, wie mit der L. 13. §. 1 cit. einige Stellen zu vereinigen sind, die auch von Bezahlung eines Pupillardarlehns gedachter Art sprechen. Nach Marcian in L. 44 D. de solut. (46, 3) und Paulus in L. 21 pr. D. ad l. Falc. (35, 2) zahlt ein Pupill (zu verstehen natürlich tutore auctore vgl. L. 29 D. de cond. ind. 12, 6) ein ohne Zuziehung seines Tutor empfangenes Darlehn — wobei der Bereicherung keine Erwähnung geschieht — gültig an den Erben seines Gläubigers als debitum und so daß es dem Erben daher als Erbschaftsgeld in seine Falcidische Quart eingerechnet wird, zurück, wenn ihm ein Legat von dem Gläubiger unter dieser Bedingung hinterlassen ist, und — bemerkt Paulus noch besonders — diese Zahlung gilt als solutio einer naturalis obligatio selbst dann, wenn der Pupill keinen Vortheil von der erfüllten Bedingung hat, weil er das Legat ausschlug oder die legierte Sache unterging. Ferner sagt Papinian in

L. 25. §. 1 D. quando dies leg. (36, 2). „Heres meus Titio dato quod mihi Seius debet.“ Si Seius pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepit nec locupletior factus est et creditor ad praesens debitum verba rettulit, quia nihil Seius debet, nullius momenti legatum erit: quod si verbo debiti naturalem obligationem et futuram solutionem cogitavit, interim nihil Titius petet, quasi tacite condicio inserta sit, non secus ac si ita dixisset: „Titius dato quod pupillus solverit“, vel si legasset „quod ex Arethusa natum erit“ vel „fructus qui in illo fundo nascentur“. contrarium non est, quod si medio tempore legatarius moriatur et postea partus edatur. fructus perveniant, pecuniam pupillus exsolvat, heres legatarii petitionem habet: namque dies legati, cui condicio non adscribitur, quamvis extrinsecus expectanda sit, cedit.

So nach Mommsens Text, den ich dem Sinne nach für richtig halte[1]), namentlich in der Voraussetzung, die er ergibt, daß die dem Titius vermachte Darlehnsschuld des Pupillen diesen nicht bereichert hatte; denn wäre er dadurch bereichert gewesen, so konnte gar kein Zweifel sein, daß das Legat den Inhalt eines debitum hatte und unbedingt gültig war. Bemerkenswerth ist nun zuerst, daß Papinian in den Legatsworten auf den Gebrauch des Präsens quod . . . debet Gewicht legt, womit die Schuld (debitum), die Verbindlichkeit ausgedrückt wird, offenbar im Gegensatz zu dem Präteritum des Contracts (was quod Seio credidi

potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest. Wenn die nicht re entstandenen Obligationen doch auch re d. h. durch solutio aufgehoben werden können, so spricht sich darin aus, daß sie nicht ursprünglicher Art, sondern der re entstandenen gleichsam nur nachgeahmt sind. Vgl. oben S. 7 ff.

[1]) Die Flor. hat 1) accepissec, von zweiter Hand accepisset, was eher auf die Lesart accepit et locupl. u. s. w. führt. Aber nec haben auch die Basiliken 44, 20, 22 gelesen und es steht auch in den besten übrigen Handschriften; 2) est se et petitor statt est et creditor. Hier möchte est set et testator das Richtigere und Leichtere sein: Papinian hätte mit dem Ausdruck creditor der Frage gewissermaßen präjudiciert, da dieser doch nicht als solcher sondern als Testator geschrieben hat, und nur dieses Wort konnte durch eine Abkürzung leicht zu einer Irrung führen. Auch ist nachher proveniant statt perveniant zu schreiben.

Digitized by Google

oder Seius mutuum a me accepit gelautet haben würde), worauf er nachher naturalem obligationem bezieht. Nach dem aus jenem quod debet sich ergebenden Wortsinne — das ist offenbar Papinians Meinung — würde das Legat der Schuld des durch das Darlehn nicht bereicherten Pupillen wegen völliger Ungültigkeit seines Inhalts ungültig sein. Möglich aber auch — die Wirklichkeit müßte also doch erst bewiesen werden — daß der Testator an naturalem obligationem gedacht hätte, was dann — zur Bestätigung des darüber oben S. 83 zu L. 42 pr. D. de iureiur. (12, 2) Gesagten — nur die natürliche Verbindlichmachung bedeuten kann, und an futuram solutionem — nachher „quod pupillus solverit", selbstverständlich wieder tutore auctore — dann erklärt Papinian das Legat für ein gültiges — offenbar weil die Bezahlung eine gültige sei — jedoch in seinem Gegenstande mit der stillschweigenden Bedingung seiner Existenz behaftetes, dessen dies bekanntlich doch sogleich mit dem Tode des Testators cediert; der Legatar könnte zwar einstweilen nicht klagen, wohl aber, wenn durch die Zahlung des Pupillen der Gegenstand des Legats zur Existenz käme. So erklärt Papinian nur ausdrücklich die Bezahlung der Darlehnsschuld auch Seitens eines vielleicht nicht bereicherten Pupillen für gültig, während die Stellen des Marcian und Paulus dasselbe vom bezahlten Darlehn an einen Pupillen allgemein, also ohne Zweifel auch von dem, wodurch er vielleicht nicht bereichert wurde, sagen wollen. Dasselbe nimmt Papinian aber in L. 94. §. 2 D. de solut. (46, 3) ausdrücklich auch davon an, daß der Darlehnsgläubiger des Pupillen dessen Erbe wird, womit er gleichsam aus dessen auf ihn übergegangenen vermögensrechtlichen Person für das Ganze sich selbst bezahlt. Endlich spricht auch noch von einer solchen Zahlung eines dem Pupillen ohne Mitwirkung seines Tutor gemachten Darlehns, ohne aber die Frage der Bereicherung zu erwähnen und die Zahlung des Erben des Pupillen oder des Pupillen an den Erben des Gläubigers im Falle einer Fideicommißerbschaft voraussetzend, Mäcianus in

> L. 64 pr. D. ad SC. Treb. (36, 1). Si eius pupilli, cui sine tutoris auctoritate pecunia credita erat, restituta ex eo senatus consulto mihi fuerit hereditas, si solvam creditori, non repetam: atquin heres si post restitutionem solvat, repetet non ob aliud, quam quod ab eo in me naturalis obligatio translata intellegitur. et si eius mihi restituta sit hereditas, qui pupillo sine tutoris auctoritate crediderit, si solverit mihi pupillus, non repetet: at si heredi solverit, repetet, non repetiturus, si ante restitutionem solvisset.

Der Eingang der Stelle setzt den Fall, daß der fideicommissarische Erbe des Pupillen dessen Darlehnsschuld, die nachher eben so wie in der vorigen Stelle eine naturalis obligatio genannt wird, nach der Restitution der Erbschaft an ihn dem Gläubiger bezahlt hat. Wenn ihm hier das Rückforderungsrecht abgesprochen wird, welches dagegen der directe Erbe, der nach der Restitution zahlte, haben würde, aber blos weil er aufgehört hat, Erbe und Schuldner zu sein, so könnte man sagen, es entspreche das schon den oben entwickelten allgemeinen Grundsätzen, wonach der Contract des Pupillen nur ihn selbst auch materiell nicht binde, also für den Erben als dritte Person doch eine naturalis obligatio sei. In Wahrheit ist aber der Erbe, der in alle Vermögensrechte und Verbindlichkeiten des Erblassers eintritt, nicht eine dritte Person, sondern repräsentiert die des Pupillen, so daß

Digitized by Google

von seiner Zahlung nur dasselbe gelten kann, wie von der persönlich gültigen des Pupillen selbst. Der zweite Theil der Stelle sagt denn auch ganz dasselbe von dem umgekehrten Falle aus, daß der Darlehnsgläubiger des Pupillen einen directen und fideicommissarischen Erben hinterlassen hat: zahlt hier der Pupill — man kann wieder nur verstehen tutore auctore — nach der Restitution dem letzteren, so kann er nicht zurückfordern, wohl aber, wenn er dem ersteren zahlte. Wenn der Jurist dann noch hinzufügt: der Pupill würde nicht haben zurückfordern können, wenn er dem directen Erben vor der Restitution gezahlt hätte, so soll damit dasselbe gesagt sein, was in dem ersten Falle mit non ob aliud u. s. w. angedeutet war: daß nur die Entkräftung der (passiven wie activen) Obligation für die Person des directen Erben durch die Restitution und nicht die Pupillareigenschaft derselben der Grund der Ungültigkeit der Zahlung sei. So lehrt Mäcian aufs bestimmteste ebenso die Gültigkeit der pupillaren Zahlung der Darlehnsschuld, wie Papinian in der vorigen Stelle bestimmt hervorgehoben hatte, daß es dabei auch nicht darauf ankomme, ob der Pupill durch das Darlehn bereichert worden sei oder nicht, und wir haben also überhaupt vier Stellen von eben so vielen verschiedenen Juristen, welche in der Annahme der Gültigkeit der nur subjectiv untadelhaften Zahlung einer jeden pupillaren Darlehnsschuld durch den Pupillen oder dessen Erben übereinstimmen; wonach es schwer fallen muß zu glauben, daß Ulpian in L. 13. §. 1 cit. diese Gültigkeit auf ein solches Darlehn, durch welches der Pupill nachweislich bereichert worden, habe beschränken wollen.

Auf welchem Princip beruhen nun aber diese Entscheidungen und wie verhalten sie sich zu L. 13. §. 1 und L. 41 de cond. ind. (12, 6)? Man könnte daran denken, daß man beim Darlehn eben so auf Seiten des Schuldners eine spätere gültige Genehmigung des Contracts, welche ja in der Zahlung tutore auctore oder nach erlangter Pubertät liege, als ihn perficierend angesehen habe, wie auf Seiten des Gläubigers, wenn er eine in seinem Namen geschehene Ausleihung genehmigte (oben Abschn. V.); haben wir doch selbst schon anerkannt, daß auch auf Seiten des Schuldners, in dessen Vermögen das Darlehn verwandt ist, der auf seinen Namen geschlossene Contract durch seine Anerkennung oder Genehmigung perfect wird und ihn verpflichtet. Oder daran, daß ja auch eine Handlung, namentlich Veräußerung des Minderjährigen durch seine spätere Anerkennung, nachdem er großjährig geworden, unanfechtbar werde. Tit. C. si maior factus rat. hab. (2, 46). L. 1. 2 C. si maior fact. alien. (5, 74). Aber es bliebe dann der Widerspruch der L. 41 cit. und bei näherer Prüfung ist auch weder die eine noch die andere angezogene Analogie wirklich ähnlich. Nicht die erstere; denn die da geschehene Genehmigung bewirkt erst den Contract selbst durch Herstellung des Consenses auf Seiten dessen, in dessen Namen er durch das äußere Handeln eines Dritten angebahnt war; hier war dagegen der Contract vom Pupillen schon geschlossen und seine mangelhaften Wirkungen können durch dessen bloße spätere Genehmigung in vollkommen handlungsfähigem Zustande eben so wenig gebessert werden, als wenn irgend eine andere früher nichtig eingegangene Obligation ohne Neuschließung genehmigt wird, weil nur obligatorische Facta (beim Darlehn re contracta obligatio) Obligationen bewirken. Aber auch nicht die zweite; denn die Genehmigung des großjährig Gewordenen sichert nur dessen in der Minderjährigkeit voll wirksam vorgenommene Handlung vor zu erbittender Restitution beziehungsweise die ohne Decret geschehene Veräuße-

Digitized by Google

rung nach ausdrücklicher billiger Vorschrift vor Anfechtung, wovon hier nicht die Rede ist.

Der wahre Grund liegt meines Erachtens in der schon (S. 85) hervorgehobenen Natur der Erfüllung als eines dem Darlehn in dieser Eigenschaft correspondenten Vermögensgeschäftes. Wir haben oben gesehen (S. 84), daß das Darlehn an einen Pupillen ohne Zuziehung des Vormunds diesen Charakter, nach dem es allein obligiert, nur in eigenthümlicher, gleichsam zwischen zwei Möglichkeiten ungewiß schwankender Weise trägt, insofern nehmlich der Pupill durch dasselbe nach den oben gegebenen nähern Bestimmungen in seinem von der Person unabhängig gedachten Vermögen bereichert ist oder nicht, was nach den Umständen sehr zweifelhaft sein kann. Seine bloße persönliche Anerkennung des Darlehns in einem spätern vollkommen handlungsfähigen Zustande würde in dem factisch objectiven Grunde der Obligation nichts ändern. Zahlt er es aber zurück, so liegt darin, daß dieser Handlung doch ihre natürliche Bedeutung als eine das Vermögen wieder durch Verminderung, wie es durch das Darlehn vermehrt war, schuldentlastende nicht genommen werden kann, eine thatsächliche Anerkennung gleichsam durch das Vermögen selbst, daß das Darlehn ein durch Bereicherung obligierendes war. Die Zahlung beweist so nach Papinians Vergleich in L. 25. §. 1 cit. für die naturalis obligatio, wie die gereifte Frucht für die lebenskräftige Aussaat. Bestätigt wird dieses dadurch, daß auch in der wenn auch nur erst theilweisen Bezahlung eines Macedonianischen Darlehns Seitens des selbständig gewordenen Hausſohns, abgesehen von ihrer Gültigkeit an sich (L. 26. §. 9. L. 40 pr. D. de cond. ind. 12, 6), das Anerkenntniß, daß es ein gewöhnliches redliches Darlehn für sein jetziges Vermögen als paterfamilias sei, und damit eine Aufhebung des Macedonianischen Rechts dafür liegt. Daher auch, wenn der Pupill nur erst eine Abschlagsrate auf sein Darlehn oder Zinsen gezahlt hätte, er damit doch schon das Ganze als verbindliches Darlehn anerkannt haben würde (vgl. L. 7. §. 16 D. de SC. Maced. (14, 6). L. 4 C. de non num. 4, 30), nicht dagegen, wenn er den Theil nur als Abfindung fürs Ganze zahlte (vgl. L. 21 C. de solut. 8, 43) oder nur ein Pfand gab, weil darin ein bloßes persönliches Sach-, kein Vermögensgeschäft liegt, das erst den Gläubiger in den Stand setzt, daraus eine Zahlung, so weit der Erlös reicht, zu machen, weshalb das Gültigwerden des Darlehns auch nur so weit angenommen werden kann (L. 9 pr. D. eod.) [1]).

Hatte nun auch die Bereicherung des Pupillen durch das Darlehn nicht wirklich Statt gefunden, weil z. B. die Geldstücke von ihm verthan waren, so konnte es doch in seinem Interesse liegen, davon abzusehen, woraus sich die besondere Berücksichtigung des Falles in den vorhin angeführten Stellen, L. 44 D. de solut. (46, 3). L. 21 pr. D. ad l. Falc. (35, 2) erklärt; lag aber auch ein solches Interesse objectiv nicht vor, so bleibt es doch wahr, daß er, wenn auch in Irrthum darüber, nicht über die thatsächlich durch den Empfang entstandene und durch die Zahlung als für sein Vermögen gültig anerkannte Schuld selbst gezahlt hatte, und

[1]) Es beruht also wieder nur auf der Verkennung des Unterschiedes von Vermögens- und Sachgeschäften, wenn man fast allgemein an diesen Entscheidungen Ulpians Anstoß nimmt. Vgl. Windscheid Pand. §. 373.

Digitized by Google

konnte er sich wegen des erlittenen Verlustes an den Vormund halten oder in integrum restitutio begehren. Was nun aber die L. 13. §. 1 cit. betrifft, so ist doch zu beachten, daß Ulpian das locupletior factus est an das quod mutuum accepit nicht mit si, sondern mit et anknüpft, also es nicht eigentlich zu einer Bedingung neben dem quod mutuum accepit macht. Er konnte damit vielmehr gar wohl nur eine Eigenthümlichkeit des Mutuum im Gegensatz zu der im princ. der Stelle vorausgesetzten natürlichen Schuld eines Sclaven aus irgend welchem Contract, die von ihm als Freigelassenen gültig bezahlt werde, bezeichnen wollen, also mit dem Sinne: ‚und damit an sich bereichert ist' oder ‚einen Bereicherungscontract abgeschlossen hat'. Zu dieser Erklärung stimmt aber auch, daß derselbe Ulpian in L. 19. §. 4 D. de donat. (39, 5), welche auch von einer Darlehnsschuld spricht, die novierende promissio durch den Pupillen auctore tutore, welches Geschäft ja gleiches Recht mit der Erfüllung hat (auch beim Macedonianischen Darlehn L. 2 C. ad SC. Maced. 4, 28), ohne Weiteres für eine gültige debiti solutio erklärt. Im Gegensatz nun zu einem solchen Bereicherungscontract sagt Neratius in L. 41 D. de cond. indeb. (12, 6):

> Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, (et oder si) solverit, repetitio est, quia nec natura debet.

Unsere obige Darstellung des Rechts der natürlichen Obligation des ohne seinen Tutor sich verpflichtenden Pupillen erhält also nach Berücksichtigung der Stellen über das Darlehn nur die Ergänzung, daß, wie dessen persönliche Nichtverpflichtung, selbst iure naturali, in zweiseitigen oder Consensualcontracten durch die Geltendmachung seines eigenen Rechts aus ihnen ausgeschlossen wird, dasselbe beim Mutuum und überhaupt bei den Realcontracten, so fern sie eine Bereicherung ergeben [1]), der Fall ist, wenn der Pupill durch persönlich gültige Erfüllung oder was dieser gleichsteht (acceptilatio eines stipulierten Darlehns, die ihn ja aber nichts kostet und daher schon deshalb gültig wäre, Constitutum und novierende promissio) sie als Bereicherungsgeschäft anerkennt und nur also eine sonstige Verpflichtung wie z. B. durch bloßen Verbalcontract seine Erfüllung nichtig bleiben läßt. Zur Compensation würde aber auch der Darlehnsgläubiger seine Forderung gegen den Pupillen, der die Bereicherung aus dem Darlehn läugnet, nur benutzen können, wenn er letztere nachweist, weil darin keine eigene vermögensrechtliche Anerkennung auf Seiten des Schuldners liegt.

---

[1]) Man denke an ein irreguläres Depositum oder an einen Pfandcontract, wenn der Pupill durch Verkauf der Sache bereichert wäre. Doch würde er auch die Detention der commodierten oder deponierten und den Besitz der Pfandsache nach bezahlter Schuld der bona fides gemäß gültig zurückgeben, worüber sich nur Stellen nicht erhalten haben.

Digitized by Google

IX.

Die Beweisſicherung des Darlehns überhaupt. Insbeſondere vom chirographum und der exceptio non numeratae pecuniae. Hiſtoriſche Begründung.

Der Beweis des Darlehns[1]) hat an ſich nichts Eigenthümliches, wohl aber die bei deſſen Contrahierung gewöhnlich angewandten Beweisſicherungen, unter denen das Chirographum ſammt der darauf bezüglichen querela non numeratae pecuniae beſonders im ſpätern Römiſchen Rechte die Hauptrolle ſpielt. Die regelmäßige Bedeutung dieſes Ausdrucks in unſern Rechtsquellen: ein Verpflichtungs- oder Schuldſchein iſt auch unbeſtritten; nur ſollte man nach einer alten richtigen Erklärung[2]) gleich ausdrücklich hinzufügen, was man gewöhnlich nur ſtillſchweigend dabei verſteht: ein eigenhändiger Verpflichtungsſchein des Schuldners, der dem Gläubiger zur Beweisſicherung übergeben wird; ſeine beſondere Zugehörigkeit zum Darlehn bezeugt aber auch ſchon die Ueberſchrift des davon hauptſächlich handelnden Titels Th. C. si certum petatur de chirographis 2, 27. Doch war dieſe Beweisſicherung nicht die einzige.

Die gewöhnlichen Mittel, durch welche ein gegebenes Darlehn beweisbar gemacht wurde, zählt für ſeine Zeit Gellius 14, 2, 7 auf: expensilatione, mensae rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessione. Bei dem erſten denkt er an die Eintragung der nomina arcaria bei jeder Art von Gelddarlehnen in den Hausbüchern (Gai. 3, 131)[3]), die natürlich

---

[1]) Vgl. darüber nach Röm. Recht Heimbach Creditum S. 604 ff. Ueber allerlei in der Praxis darüber aufgetauchte Fragen Holzſchuher Theorie und Caſuiſtik III. S. 445 flg.

[2]) Aus dem Wörterbuch in einer Pariſer Pergamenthandſchrift des 13. Jahrhunderts mitgetheilt von Heimbach Creditum S. 520. Die hieher gehörige Stelle lautet: Hic syngraphus, haec syngrapha, hoc syngraphum. Nota, quod chirographus et syngraphus saepe accipitur indifferenter. differunt tamen proprietate, quod chirographus dicitur conscriptio mnnuu seu cautio, quae ſit propria manu debitoris et committitur creditori. Die Sigle (Heimbach will leſen manuum) verſtehe ich nicht; vielleicht iſt ſie verſchrieben ſtatt m(anu) unius. Denn es folgt unmittelbar darauf: syngraphus dicitur conscriptio in (ſtatt m(anu)?) duorum sil7scripto" (vielleicht subscripta oder simul scripta) u. ſ. w. Uebrigens iſt für die Zuſammenbringung und Sichtung des Quellenmaterials und die Feſtſtellung des Sprachgebrauchs, ſo wie für die ältere einſchlagende Litteratur beſonders zu vergleichen die Schrift von Gneiſt: Die formellen Verträge des neuern Röm. Obligationenrechts (1845), die ich deshalb im Folgenden auch beſonders berückſichtige. Die ſpäter hinzugekommene Litteratur führen an Schleſinger zur Lehre v. d. Formalcontr. und der querela non numeratae pec. (1858) S. 179. Windſcheid Pand. §. 372 Note und v. Keller Pand. §. 289.

[3]) Im eigentlichen Sinne hießen natürlich ſo die durch Hinzahlung aus dem eigenen Kaſten des Gläubigers gemachten Gelddarlehne. Eben ſo konnten aber ohne Zweifel auch die auf andere Weiſe z. B. von einem beauftragten Dritten durch Hinzahlung oder durch promissio gemachten Darlehne eingetragen werden und ſolche Poſten wurden dann im Gegenſatz zu den transcriptitia auch zu den arcaria nomina gerechnet.

Digitized by Google

durch andere Umstände (vgl. L. un. §§. 1. 2 Th. C. si cert. pet. 2, 27), wie die bekannte persönliche Fides des Hausvaters und die objective seines überhaupt ordentlich geführten Hausbuches und besonders dessen Uebereinstimmung mit dem Hausbuche des Gegners, auf die auch dessen Weigerung es vorzulegen schließen ließ, unterstützt werden mußte, die aber beim Gelddarlehn ihre von der sonstigen Regel über eigene Scripturen des Producenten abweichende Beweiskraft überhaupt auch aus der Natur des Darlehns als Vermögensgeschäfts in Verbindung mit der besondern Bedeutung des Geldes für das Vermögen und daher des Hausbuchs für die ganze ökonomische Ehre des Hausvaters entlehnte[1]). Außerdem konnte diese Beweisart durch perscriptiones (Cic. ad Attic. 4, 8, 2), das heißt, durch Zuziehung eines pararius (hominis ad id acciti Cic. pro Rosc. Com. 1, 1) oder wohl meist solidarisch eintretender mehrerer, in deren Büchern dieselbe Darlehnspost zuerst a persona (des Darleihers) in personam transcribiert und nach Rücktranscription an den Darleiher ausgeglichen wurde (daher pararius, wie paria facere und pariatio), auch zu einem selbständigen aus Zeugen und Urkunden gemischten Beweismittel für eine litterarum obligatio verstärkt werden (Cic. ibid. 1, 3. Seneca de benef. 2, 23, 2. 3, 15, 2)[2]). Doch kamen die Hausbücher mit dem Ueberhandnehmen Griechischen Wesens, vielleicht auch wegen der damit in Criminalprocessen verbundenen Gefahr (Schol. Cic. Verr. lib. 1, 23, 60) nach der Mitte der Kaiserzeit mehr und mehr ab. Mit dem zweiten sind die Darlehne gemeint,

---

[1]) Vgl. Schilling Institut. u. Gesch. des R. R. III. §. 285. S. 322. Heimbach S. 368 ff. S. 609 ff., der aber auf die gleich nachher zu besprechende Hereinziehung der tabulae Dritter, die doch nicht immer geschah, zu großes Gewicht legt. Ciceros Ausführungen pro Rosc. Com. 1. enthalten viele Einseitigkeiten des übertreibenden jungen Advocaten, die zum Theil durch or. pro Fontei. Nieb. 2, 3 in Verr. 1, 36, 92 ihr Correctiv finden. Bei Transcriptionen unterstützten natürlich auch die Cassenacten über den iussus des Schuldners die Expensilation.

[2]) Vgl. Heimbach S. 337 ff. Dahin gehört auch die vielfach mißverstandene Stelle des Horat. Sat. 2, 3, 65—71.

Integer est mentis Damasippi creditor? Esto.
Accipe quod nunquam reddas mihi, si tibi dicam,
Tunc insanus eris, si (man lese ni) acceperis, an magis excors
Reiecta praeda, quam praesens Mercurius fert?
Scribe decem a Nerio, non est satis, adde Cicutae
Nodosi tabulas: centum mille adde catenas:
Effugiet tamen haec sceleratus vincula Proteus.

Hier sind Nerius und Cicuta als solche pararii zu denken, durch welche der Darlehnsgläubiger (wie der des Damasippus) sich den Beweis für seine Forderung von decem (milia sestertium) zu sichern sucht. Scribe decem a Nerio d. h. laß du Gläubiger sie in den tabulae des Nerius als von ihm expensiliert eintragen, adde Cicutae nodosi tabulas, d. h. und auch noch in denen des Cicuta, der denn damit den bindenden Knoten vollends schnürt. Darauf ist centum, mille adde catenas zu interpungieren: ‚hundert, ja tausend Ketten.' Alles hilft nichts; der Proteus weiß doch zu entschlüpfen und der Gläubiger, der ihm creditierte, ist also doch auch ein Thor, ein schlimmerer (magis excors), der die Beute aus den Händen des ihm dazu verhelfenden Gottes der geriebenen Verkehrsleute (des Betrugs) abweist, als der etwas als nicht wiederzugebende Gabe blos von Menschenhand nicht annehmen wollte.

Digitized by Google

welche man beſonders im größern Verkehr, im Gegenſatz zu denen de domo oder ex arca, scribendo oder per mensae scripturam, d. h. durch einen dazu beauftragten Banquier auszahlen ließ, der den Darleiher für die Zahlung an den das Mandat vorzeigenden Empfänger[1]) in ſeinen Rechnungsbüchern belaſtete[2]), ſo daß er ſelbſt zuſammen mit dieſer Urkunde Beweismittel wurde[3]). Lautete das Mandat, wie wohl regelmäßig, auch auf Autoriſation deſſelben Banquiers zum Rückempfang des Darlehns, den er dann dem Darleiher in der Rechnung gut ſchrieb (rescribebat), ſo hatte der Schuldner daſſelbe Beweismittel für ſeine Befreiung. Die testium intercessio, beſonders zugezogene Zeugen ohne Urkunde, ſtellt Gellius zuletzt, weil dieſe einſt häufigſte Art der Beweisſicherung ſpäter wohl die ſeltenſte war. Dagegen bezeichnet die ſpäter gewöhnlichſte Art chirographi exhibitio und tabularum obsignatio, womit wahrſcheinlich im Weſentlichen nur ein und daſſelbe Beweismittel nur mit oder ohne Unterſchrift des Schuldners gemeint iſt. Aehnlich wird mit Rückſicht auf die Art der Beweisſicherung in einem Liberationslegat (L. 31. §. 4 D. de lib. leg. 34, 3) unterſchieden quidquid mihi aut chirographis (vgl. L. 28. §. 13 D. eod. L. 41. §. 2 D. de usur. 22, 1) aut rationibus debitor est vel quidquid a me mutuum accepit (nur vor oder ſelbſt ohne Zeugen). Von dem Chirographum iſt nun beſonders zu handeln.

In der Natur des Darlehns, namentlich deſſen in Gelde, worin als dem Souverain aller Sachen der Römer bis auf Conſtantin das robur patrimonii ſah (L. 22 C. de admin. tut. 5, 37), lag es, daß wenn der Hausvater zu einer

---

[1]) Gelegentlich und zur Ergänzung der Ermittelungen Lenels über die receptitia actio in der Zeitſchrift der Sav. St. II. Röm. Abth. S. 70 ff.: Erklärte der Banquier (nur für die Argentarien galt bekanntlich das receptum Theoph. 4, 6, 8. L. 6. §. 3 D. de edendo (2, 13), wo Salmaſius solvi constituit mit Recht als aus solvi recepit interpoliert anſieht wegen L. 2 C. de const. pec. 4, 18) dem Präſentanten, der das Geld etwa nicht ſogleich bedurfte: tot denarios tibi numerandos in me recipio, ſo begründete dieſes vermuthlich einen Hauptfall der von Juſtinian abgeſchafften receptitia actio (vgl. über dieſe beſonders Schleſinger Formalcontr. S. 66, und jetzt Lenel cit. S. 62 ff.), die dann in dieſer Anwendung gleichſam eine Vorläuferin der Wechſelklage gegen den Acceptanten war; denn das receptum unterſchied ſich vom constitutum unter Anderem auch dadurch, daß es keine beſtehende Schuld vorausſetzte (L. 2 C. cit.), und es würde ſich daraus erklären, daß der Recipient beſonders im Falle der Inſolvenz des Mandans oder wenn das Mandat nicht beſtand, das Gezahlte oder vorher ſein Verſprechen als indebitum condicieren konnte. Das Darlehn war aber, wie ſonſt durch Stipulation (oben S. 51), ſchon durch erlangtes receptum zu Stande gekommen, ſo jedoch, daß wenn der Wechsler vom Darlehnsſchuldner condiciert hatte, auch dieſem wieder eine condictio gegen ſeinen Gläubiger auf Erlaß der Darlehnsſchuld zuſtand. So deute ich die Worte: permittere per actionem receptitiam res indebitas consequi et iterum multas proponere condictiones, quae et pecunias indebitas et promissiones corrumpi et restitui definiunt. L. 2 C. cit.

[2]) Vgl. Brisson. de form. 6, 107. 108 und beſonders Heimbach Creditum S. 610 ff.

[3]) L. 9. §. 2. L. 10. §. 3 D. de edendo (2, 13). Bei Ulpian in L. 27. §. 1 D. de furt. (47, 2) . . . si alias probationes (außer dem chirographum) mensaeque scripturam haberet . . . iſt wohl mensaeve zu leſen; wenn nicht vorher vielleicht velut pararios vel mensularios geſtrichen iſt.

Digitized by Google

solchen Hingabe von seinem Vermögen gegen eine bloße Obligation von jeher nur bedächtig schritt (in creditum ibat, oben S. 5), er es nicht stillschweigend, sondern mit aller möglichen Vorsicht zur Sicherung jener Obligation (cautio) that, also mit ausdrücklicher Stipulation sowohl dessen, was der sonstige Realcontract für die Rückgabe des Darlehns an sich mit sich brachte, als der Modalitäten, unter welchen er ihn eingehn wollte, und vor Allem mußten die sonst nicht einmal klagbaren Zinsen, ohne welche man nur sehr ausnahmsweise und wegen deren man hauptsächlich auslieh, darauf führen. Diese Stipulation, die vor oder, wenn nicht zwei Contracte entstehen sollten, nur unmittelbar nach Hinzahlung des Geldes geschlossen werden konnte (L. 6. §. 1 D. de novat. (46, 2) oben S. 6), erschien damit im Interesse des Gläubigers, des Urhebers des ganzen Geschäfts, als eine Vorbedingung des Mutuum[1]) und als hauptsächlicher gegen dieses in dem nun verbis und nur materiell zugleich re geschlossenen Contract (L. 7 D. eod.). Zu ihr konnte man denn auch, um sich den Beweis sowohl des Versprochenen als des Empfangs des Darlehns zu sichern, Zeugen zuziehen, was für das Mutuum selbst bei den so verschiedenen möglichen Arten, es als Vermögensgeschäft zu begründen, schwierig gewesen wäre. Doch da dieses Zeugniß über flüchtig gehörte Worte und die vielleicht nicht einmal gesehene Vermögensvermehrung des Schuldners aus vielen Gründen versagen konnte, brachte man frühzeitig — gewiß lange vor Cicero und selbst vor dem ältern Cato (s. die Stellen bei Gneist a. a. O. S. 494) — den Vorgang der Stipulation und des Sachenempfangs wie bei sonstigen Stipulationen auch in eine Urkunde, welche die zugezogenen Zeugen zur Sicherung gegen Fälschung mit Namensbeischrift versiegelten, und es entstand auch wohl bald der bekannte Rechtssatz, daß eine solche Stipulationsurkunde, wenn nur selbst als ächt bewiesen, die geschehene Stipulation außer Zweifel setze, sofern nicht deren Unmöglichkeit wegen Unfähigkeit oder Abwesenheit der Parteien dargethan würde. Ja man steigerte die Sicherung des Beweises noch dadurch, daß man nach Art besonders späterer Griechischer Darlehnsscheine[2]), in denen der Schuldner mit seiner Hand einen

---

[1]) Daher auch als selbstverständlich, wenn von einem Mutuum die Rede war, wie denn z. B. in L. 1 C. de filiosam. min. (2, 23) bei einem Mutuum ohne Weiteres von einer in integrum restitutio adversus eam cautionem die Rede ist.

[2]) Daß bei den Griechen in vorrömischer Zeit χειρόγραφον als Contractsname und namentlich für Darlehnsurkunden nicht üblich war und man auf die eigene Schrift oder Unterschrift des Verpflichteten für die Verpflichtung selbst anscheinend kein Gewicht legte, darüber vgl. Gneist a. a. O. S. 437 ff. Doch ist, was den Beweis betrifft, zu beachten, 1. daß Pollux Onom. II. p. 152 Dind. nach der Bemerkung, daß was das Volk (οἱ πολλοὶ in damaliger Römischer Zeit) χειρόγραφον nenne, Hyperides χείρ genannt habe, dafür aus diesem den Satz citiert: ‚es sei unmöglich, daß Jemand seine Hand abläugne.' 2. Demosthenes c. Lacrit. p. 928, 1 erwähnt ein Darlehn an Artemon und dessen Bruder als consentierenden und zu demselben sich verpflichtenden Mitcontrahenten, indem er dabei hervorhebt, daß dieser selbst die Syngrapha geschrieben und mit versiegelt habe (Gneist S. 449) — also ganz wie der Bürge und Schuldner später bei den Römern (vgl. unten). 3. Derselbe c. Dionys. p. 1283, 3–9 sagt vom Darlehnscontract allgemein: Der Empfänger sei dabei in viel günstigerer Lage als der Geber. Jener, der das gute Geld erhalten, habe dafür dem Darleiher nur die in einem γραμματίδιον für ein Paar Dreier und einem sehr kleinen βιβλίδιον enthaltene Vereinbarung (συγγραφήν), was recht ist thun zu wollen,

Digitized by Google

Schuldſchein (debere se) ganz oder doch wenigſtens das Entſcheidende, ſeinen Namen, am Ende ſchrieb — dort, bei den Griechen, allerdings, wenn keine Stipulation abgeſchloſſen war mit formell verpflichtender Kraft, was dem Römiſchen Recht fremd war, (Gai. 3, 134)[1] — auch den Schuldner ſelbſt unterſchreiben ließ, worauf Cicero, von dem eine Reihe früherer gewöhnlicher Empfehlungsbriefe an Cäſar für Trebatius unwirkſam geblieben war, und der nun in einem Briefe an dieſen (ad. fam. 7, 18, 1) vom Jahre 700 eine neue verhieß, mit folgenden auf eine beigelegte eigenhändige Empfehlung bezüglichen Worten anzuſpielen ſcheint: Itaque quoniam vestrae cautiones infirmae sunt, Graeculam tibi misi cautionem mei chirographi. Denn ein Ciceros würdiger feiner Witz oder Scherz liegt in den Worten nur dann, wenn man davon ausgeht, daß die dem Römiſchen Juriſten von alter Zeit her gewohnten ſchriftlichen Stipulationen (vestrae cautiones) noch keine eigenhändigen des Schuldners oder doch von ihm noch nicht mit einer eigenhändigen Unterſchrift verſehen, alſo nicht tabulae chirographi mei waren, wie ein Schuldner noch zu Julians Zeit ſeine Schuldurkunde nennt (L. 84. §. 7 D. de leg. 1), daß aber ſolche damals von Anderen, die vielmehr auf Griechiſche Vorbilder hinwieſen, als nicht genugſam ſichernd (infirmae) betrachtet wurden[2]. Die Sitte dieſer neuen Cautionen kam dann alſo erſt zu Ciceros Zeit

---

gelaſſen, während dieſer nicht ſage, daß er geben werde, ſondern das Geld gleich gebe u. ſ. w. In Bezug auf das dem Redner vorliegende Schiffsdarlehn heißt es dann weiter p. 1284, 17—20 von den beiden Schuldnern: auf die angegebenen vereinbarten Bedingungen empfingen ſie die 3000 Drachmen καὶ συγγραφὴν ἐγράψαντο ὑπὲρ τούτων. Noch beſtimmter aber p. 1286, 3, ſie hätten die vereinbarten Conventionalſtrafen (ἐπιτίμια) verachtet, ἃ συνεγράψαντο αὐτοὶ οὗτοι καθ'αὑτῶν (ſie ſelbſt gegen ſich). Nach dieſen Stellen iſt es wohl unverkennbar, daß ſchon damals bei den Griechen wenigſtens wegen des Beweiſes großes Gewicht darauf gelegt wurde, daß der Schuldner den Darlehnsſchuldſchein, den er zu beſchaffen und dem Gläubiger zuzuſtellen hatte, ſelbſt ſchrieb oder beim Verſiegeln unterſchrieb. Jedenfalls iſt nur das ein Irrthum, wenn man auch jetzt noch ſich gewöhnlich denkt, die Römer hätten chirographum als Name einer beſtimmten Art zu contrahieren von den Griechen entlehnt.

[1]) Man beachtet gewöhnlich (vgl. die übrigens beſte Auslegung von Schleſinger Formalcontr. S. 69) den Zuſatz des Gaius ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat nicht auch nach der Seite hin, daß er dadurch das, was die Römer damals gewöhnlich unter chirographum verſtanden, die vom Schuldner eigenhändig ge- oder unterſchriebene Stipulation ausſchließen will. Ein ſolches konnte, da die Stipulation iuris gentium war, bei den Peregrinen, wenn auch nur in Nachahmung Römiſcher Sitte, auch vorkommen, es machte dann aber auch eine verborum, nicht eine litterarum obligatio. Ob übrigens Gaius die Worte chirografis et syngrafis und dann si quis debere se aut daturum se scribat partitiv ſo gemeint hat, daß das erſtere den Inhalt der chirographa, das letztere den der syngraphae bezeichnen ſollte, iſt ſehr zweifelhaft, da, wie Gneiſt gezeigt hat, syngrapha auch in der Kaiſerzeit nur einen ſchriftlichen obligatoriſchen Vertrag überhaupt bedeutet. Gaius konnte alſo auch verſtehen: ſchriftliche Verträge mit eigenhändiger Schrift des Schuldners und ohne ſolche (wenn er ſie nur ſchreiben ließ), in denen er eine Schuld oder ein Verſprechen ausſprach (zum Unterſchiede von liberatoriſchen oder dinglichen Verträgen). Doch waren Urkunden mit debere se (in Folge eines Empfangs) gewiß häufiger chirographa.

[2]) Die mir allein bekannten philologiſchen Erklärungen von Victorius, Manutius,

Digitized by Google

auf [1]) und es erklärt ſich aus dem Gegenſatz gegen das früher Uebliche und aus dem beſondern Gewicht, welches man namentlich auf eigenhändig ge- oder unterſchriebene Schuldurkunden legte, weshalb die Römer gerade ſolche, nachdem ſich die Sitte feſtgeſetzt hatte, ſchon in der erſten Kaiſerzeit chirographa ſchlechthin nannten, zumal da ihrer Sprache ein Wort für Schrift von eigener Hand fehlt.

Die Entlehnung dürfte übrigens von Aegypten her geſchehen ſein, wohin die Ptolemäer Macedoniſch-Griechiſches Recht gebracht hatten (Gneiſt a. a. O. S. 459. C. I. Gr. III. p. 296). Wenigſtens hat ſich von dort noch eine Papyrusurkunde über ein von Konuphis dem Peteimuthes ohne Zinſen aber mit einer hohen Conventionalſtrafe und Mult bei nicht zeitiger Rückzahlung gemachtes Darlehn vom J. 89 v. Chr. erhalten [2]), die in referierender Rede abgefaßt ſich ſelbſt συγγραφή nennt und in der nach der Unterſchrift des συγγραφοφύλαξ Ἡρακλείδης der von der Hand des Schuldners geſchriebene Zuſatz ſich anſchließt:

> Πετειμούθης — ἔχω τὸ προκείμενον δανῆον τὰς τοῦ ἀργυρίου νομίσματος δραχμὰς δεκαδύο καὶ ἀποδώσω καθότι προγέγραπται.

Offenbar ſollte der Gläubiger, dem ſelbſt wahrſcheinlich dieſes Exemplar der Urkunde behändigt wurde, oder der es ſich im Falle des Proceſſes doch vom Aufbewahrer geben laſſen konnte, durch das darin enthaltene eigenhändige Empfangsbekenntniß und Rückgabeverſprechen des Schuldners noch mehr geſichert werden, während die Gültigkeit des Vertrages ſchon auf ihm ſelbſt beruhte, vielleicht auch auf ſeiner Errichtung vor dem συγγραφοφύλαξ, einer Art von Notar oder obrigkeitlichen Perſon, welche das Original vermuthlich auch aufbewahrte und damit vor Verfälſchung ſicherte.

Daß jedoch gegen Anfang der Kaiſerzeit ſolche eigenhändige Darlehnsſcheine wenn auch vielleicht übrigens in mannichfach abweichender Geſtalt im Alexandriniſch-Griechiſchen Orient überhaupt üblich waren, darf man wohl aus dem bekannten, evangeliſchen Gleichniß vom ungerechten Haushalter ſchließen, der ſeines Herrn Güter umgebracht hatte (Ev. Luc. 16, 1—8). Er läßt in Vorausſicht ſeiner Abſetzung alle χρεωφειλέται ſeines Herrn, d. h. eigentlich Darlehnsſchuldner jeden einzeln zu ſich kommen und heißt den erſten, der ihm hundert Tonnen Oels, und den zweiten, der ihm hundert Malter (κόρους — je 6 Medimnen) Weizen ſchuldig war, ſein γράμμα (aus des Haushalters Händen) nehmen und dort fünfzig,

---

Erneſti, Schütz zur Stelle und von Burmann zu Petron. 46 verfehlen die eigentliche Spitze der Sache und manche bemerken nur mit Recht, daß Graeculam nicht eben auf einen Griechiſchen Brief (nach Schütz ein Griechiſches Lobgedicht auf Cäſar) hinweiſe, ſondern auf etwas vom alten Römer verächtlich Angeſehenes, was man aus Griechiſcher Sitte entlehnte. Dieſes kann aber eben nur in dem Zuſatz chirographi mei liegen.

[1]) Genauer dürfen wir wohl ſagen: in Ciceros ſpäterer Lebenszeit. In ſeiner Rede pro Rosc. Com. 5 hätte er ſich gegen eine mögliche Begründung der Klage auf Stipulation kaum blos auf die taciturnitas testium berufen können, wenn damals ſchon Darlehnschirographa üblich geweſen wären.

[2]) Aus Leemans Papyri Graeci Mus. antiquar. Lugdunensis. Lugd. Bat. 1833, pap. O. p. 76 ſchon mitgetheilt von Gneiſt S. 460, der nur deren rechtshiſtoriſche Bedeutung nicht erkannt hat. Der jetzt beſonders in Frankreich hervortretende Eifer der Sprachgelehrten, orientaliſche Rechtsurkunden ans Licht zu ziehn, wird ohne Zweifel bald neue Beweisthümer ähnlicher Art liefern.

Digitized by Google

hier achtzig schreiben[1]). Offenbar war dieses γράμμα (in der ältern Gräcität gewöhnlicher γραμματεῖον) ein Chirographum des Schuldners (daher δέξαι τὸ γράμμα σου) und das betrügerische Geschäft ein Umschreiben desselben in ein neues.

Wie aber die Römer diese Griechische Sitte für ihr Contractssystem und ihre Art Urkunden einzurichten verwandten, hat uns erst ein chirographum über ein Darlehn von 60 Denaren zu 12 Procent Zinsen auf den im Jahr 1855 gefundenen Siebenbürgenschen Wachstafeln vollkommen klar gemacht, das wir deshalb nach seinem Hauptinhalt aus dem C. I. L. III. p. 935 (Bruns fontes iur. Rom. p. 209) herſetzen. Die erste Seite des sorgfältigeren innern Exemplars oder die Rückseite der ersten Tafel des Triptychum, dessen dritte Tafel untergegangen ist, lautet also:

> ✱LX, q(ua) d(ie) p(etierit), p(robos) r(ecte) d(ari) f(ide) rogavit Jul(ius) Alexander, dari f(ide) p(romisit) | Alexander Cari(cci), et se eos ✱ LX, q(ui) s(upra) s(cripti) s(unt), mutuos | numeratos accepisse et debere se dixit. | Et eorum usuras ex hac die in dies XXX ϙ I (d. h. centesimas singulas) | dari Jul(io) Alexandro e(ive) a(d) q(uem) e(a) r(es) p(ertinebit) f(ide) r(ogavit) Jul(ius) Alexander, dari f(ide) p(romisit) Alexander Caricci.

Folgt dann auf der Vorderseite der zweiten Tafel zuerst die Bürgschaft (Fidejussion) des Titius Primitius für rechtzeitige und richtige solutio von Capital und Zinsen und darunter das Datum (Alburnum majus 20. October 162). Das nicht vollständig erhaltene äußere Exemplar wiederholt auf der Rückseite der zweiten Tafel in der Columne links die Urkunde selbst (ohne Zweifel erst beendigt auf der Vorderseite der verlorenen dritten Tafel) und enthält ebendaselbst neben jener Columne rechts die die innere Urkunde verschließenden Siegel nebst Namen von fünf Signatoren, wovon der vierte der Bürge Titius Primitius, der fünfte „Alexandri Caricci i(p)sius debitori(s)", beide von diesen eigenhändig geschrieben[2]).

---

[1]) Vermuthlich nach dem damaligen gewöhnlichen Preisverhältniß jener Quantitäten Oels und Weizens, so daß der Erlaß für jeden dem Werthe nach gleichviel betrug, damit nicht der eine Schuldner den andern zum Schaden des klugen Haushalters beneide. Das Gleichniß erwähnt neben diesen Normalbeispielen von flüssigen und trockenen Darlehnssachen nicht auch das eines Geldschuldners, wohl um anzudeuten, daß der Haushalter alles Geld schon durchgebracht hatte. Man denke an die ratio des SC. Macedonianum.

[2]) Wie solche chirographa creditae pecuniae sive fideiussorum auch noch in der Nov. Valent. III. tit. 12. 1, 1 p. 166 ed. Haen. verbunden erscheinen. — Natürlich wurden nicht alle Darlehnschirographa genau so wie das obige abgefaßt. Daß dieses aber im ganzen etwas Schematisches hatte, zeigen schon die vielen Abkürzungen und seine innere Angemessenheit. Das andere, einer Frau ausgestellte Siebenbürgensche Darlehnschirographum in Lateinischer Sprache C. I. L. III. p. 930. 931 zeigt weit weniger Rechtskunde. Es beginnt auch mit der Stipulation von Capital und Zinsen und diese wird nach dem Zusatz quos eae reddere debebit qua die petierit cum usuris supra scriptis mit fast lächerlicher Sorgfalt für diesen Zusatz wiederholt; daß von einem Darlehn die Rede sei, deutet nur das reddere an. Was aber für uns das Wichtigste: das äußere mangelhaft erhaltene Exemplar enthält unter den Signatoren an letzter Stelle auch hier wieder den Namen des Schuldners. Diese Sitte den Schuldner, bei Quittungen den Gläubiger, mit unterschreiben zu lassen war denn, wie die Siebenbürgenschen und Pompejanischen Wachstafeln zeigen (C. I. L. III. p. 923), auch auf andere Urkunden übergegangen, wovon hier nicht weiter zu handeln ist.

Digitized by Google

Wie man ſieht, iſt die Stipulation, das Capital (zurück) zu geben, die Grundlage des bezeugten Geſchäfts, jedoch ſo, daß der Promittent auch die Erwähnung des Darlehns an ſeine Promiſſion als deren materiellen Grund anknüpft, und zwar wird in die Sphäre der mündlichen Stipulation gleichſam auch noch der Empfang des Geldes gezogen, indem die Urkunde nicht dieſen bezeugt, ſondern daß der Promittent geſagt habe, er habe empfangen[1]). Den ganzen Vorgang bezeugt dann aber am Schluſſe unter den Zeugen und Signatoren des Chirographum (testes et signatores, qui rem communissent Ulpian L. 32. §. 1 D. de furt. 47, 2) zugleich nach dem Bürgen auch der Schuldner ſelbſt eigenhändig[2]) zur un-

---

[1]) So auch in der cautio der L. 40 D. si cert. pet. (12, 1) und der L. 126. §. 2 D. de verb. obl. (45, 1), wo in der dort nur der Stipulation vorangehenden Erwähnung des Darlehns der Schuldner doch von ſich nicht ſagt accepi, ſondern scripsi me accepisse, damit die Eigenhändigkeit bezeichnend. Doch wird in dem Chirographum der L. 41. §. 2 D. de usur. (22, 1) auch ein et accepi hinzugefügt. Allgemeine Bezugnahme auf acceptum, accepisse in der Urkunde: L. 14 C. de solut. (8, 43). L. 3 C. de postul. (2, 6). L. 4 C. de cond. ex lege (4, 9). L. 6. C. de compens. (4, 31). Seneca de benef. l. c. Das et debere se nach mut. accepisse kann natürlich fehlen und fehlt meiſtens.

[2]) So auf allen jetzt bekannten Originalurkunden. Zwar in einer der Siebenbürgenſchen Tafeln (C. I. L. III. p. 923. 939), einem Kaufcontract, iſt auch der Name des Schuldners (ipsius venditoris) wie der Zeugen von dem Schreiber der ganzen Urkunde geſchrieben und darauf beſonders ſtützt Bruns ſeine nachher zu erwähnende Anſicht von der Gleichgültigkeit der eigenen Unterſchrift des Schuldners. Aber warum ſollte nicht eben der Verkäufer ſelbſt dieſe Urkunde geſchrieben haben, da es ja früher und ſpäter Regel war, daß der Schuldner die ihn durch die Stipulation verpflichtende Urkunde ſchrieb. L. 40 D. de reb. cred. (12, 1). L. 9. §. 7 D. de admin. et per. (26, 7). L. 26. §. 1 D. de pign. (20, 1). L. 3. §. 1 D. de iure fisc. (40, 14). L. 5. §. 8. L. 17. §. 3 D. commod. (13, 6). L. 18 C. de solut. (8, 43). L. ult. C. de cond. ex lege (4, 9). Theoph. Instit. 3, 21 (22) u. ſ. w. Daher, daß der Schuldner ſie geſchrieben oder wenigſtens unterſchrieben hat, heißen auch die chirographa, obgleich ſie im Eigenthum des Gläubigers ſtehn, doch immer debitorum. L. 64 D. de leg. 3. L. 84. §. 7 D. de leg. 1. L. 57 pr. D. de admin. et per. (26, 7). L. 11. §. 1 D. de servo corr. (11, 1). L. 30. §. 1. D. de exc. rei iud. (44, 2). L. 18. §. 2 D. de mort. c. don. (39, 6.). Und andere Urkunden außer Darlehnsſcheinen werden chirographa gewiß auch nur genannt, wenn ſie eigene Schrift oder Unterſchrift des Ausſtellers enthielten, z. B. Briefe L. 47. §. 1 D. de pact. (2, 14), bei denen ſo oft auf Eigenhändigkeit (sua manu oder proprio, suo chirographo, wie in L. 30 D. qui testam. (28, 1). Seneca ep. 94, 51. als Gewähr größerer Zuverläſſigkeit Gewicht gelegt wird (L. 24. 28 D. depos. (16, 3). L. 32. 35 D. de donat. (39, 5) vgl. Cic. ad fam. 2, 13, 3. 10, 21, 1. 3. ad Attic. 2, 30, 5. Phil. 2, 4, 8); Quittungen über Steuern L. 52 pr. D. de act. empti (19, 1); Kaufbriefe L. 102 pr. D. de leg. 3. Schenkungsurkunden mit Stipulation Orell. 4358. Wie es ſcheint, kam erſt in der ſpätern Kaiſerzeit der noch deutlichere Ausdruck ἰδιόχειρα für Darlehnsſcheine auf (L. 11 C. qui potior. 8, 18), dem im Abendlande z. B. auf den Mariniſchen Urkunden das sua, propria manu subscribere entſprach, wohl nicht blos im Gegenſatz der im Auftrage geleiſteten Unterſchrift (L. 5. §. 3 D. de const. pec. (13. 5). L. 26. §. 1 D. de pign. (20, 1). L. 20. 31 C. de donat. (8, 54). C. I. L. III. p. 948 X. Gneiſt form. Vertr. S. 501), bei der noch das Mandat dazu des Beweiſes bedurfte (L. 32. §. 2 C. de iure delib. 6, 30), während man urſprünglich das bloße chirographum, wie wir unſer ‚Handſchreiben', eben davon verſtanden hatte und doch auch jetzt noch meiſt verſtand.

Digitized by Google

abweislichen Bestätigung dessen, was vorhin über den Namen chirographum für Schuld- und Darlehnscautionen insbesondere gesagt wurde. In der Bedeutung eines bloßen Darlehnsempfangsscheins kommt chirographum in den Quellen nicht vor[1]). Nicht, als ob ein solcher nicht auch wie irgend eine andere Anerkennungsscriptur (z. B. L. 47. §. 1 D. de pact. 2, 14) eigenhändig hätte ausgestellt werden können; sondern er war, da die ganze Sicherung des Gläubigers von der Stipulation ihren Ausgang genommen hatte, getrennt von der Stipulationsschuldurkunde weder Bedürfniß, noch üblich. Aber auch als bloße Darlehnsschuldverschreibung ohne den Grund der Stipulation ist der Ausdruck in den Pandekten nicht mit Sicherheit und selbst nur mit Wahrscheinlichkeit nachweisbar, namentlich nicht durch Stellen, die die Stipulation nur nicht erwähnen; eben weil eine solche Verschreibung wenigstens damals durch die bloße Schrift nicht verpflichtete (Gai. 3, 134), und eine vorherige Wortverpflichtung doch beim Darlehn hergebracht war, ist dann im Zweifel eine Stipulationsurkunde zu verstehen. Das einzige scheinbare „Beispiel", welches man für das Gegentheil angeführt hat[2]), ist L. 41. §. 2 D. de usur. (22, 1) von Modestinus:

> Ab Aulo Agerio Gaius Seius mutuam quandam quantitatem accepit hoc chirographo: „ille scripsi me accepisse et accepi ab illo mutuos et numeratos decem, quos ei reddam kalendis illis proximis cum suis usuris placitis inter nos": quaero, an ex eo instrumento usurae peti possint et quae? Modestinus respondit, si non appareat, de quibus usuris conventio facta sit, peti eas non posse.

Offenbar hat aber der Jurist die Urkunde, welche vollständig eben so wie die in L. 40 D. si cert. pet. (12, 1) abgefaßt gewesen sein wird, nur in dem für die Rechtsfrage darüber: ob und welche Zinsen, wenn sie so unbestimmt bezeichnet seien, eingeklagt werden könnten, entscheidenden Theile angeführt, also mit Weglassung der dafür irrelevanten gewöhnlichen Stipulationsclausel (L. 5. §. 12 D. de pactis 2, 14), die er nach dem Anfangs gebrauchten Ausdruck chirographum als selbstverständlich betrachten durfte; denn daß Darlehnszinsen ohne Stipulation nicht klag-

---

[1]) Als Ausnahme wird man nicht den gleichsam unwillkührlichen Fall einer blos als Empfangsbescheinigung gültigen Darlehnsurkunde bezeichnen wollen, wo die Stipulation in derselben wegen Unfähigkeit des Gläubigers zu stipulieren nichtig war. Vgl. oben S. 6.

[2]) C. F. F. Sintenis in den Sellschen Jahrb. für Bearb. des R.R. I. S. 255. Allerdings beruft sich Heimbach Creditum S. 540 aus den Pandekten auch noch auf L. 28. §. 13 D. de lib. leg. (34, 3). L. 40 pr. D. de minor. (4, 4). L. 29 D. de obl. et act. (44, 7) und L. 26. §. 1 D. de pign. (20, 1). Diese Stellen und Gell. 14, 2, 7 beweisen aber nicht, daß das in ihnen für ein Darlehn erwähnte chirographum nicht, wie es doch regelmäßig der Fall war und recht wohl auch blos mit diesem Ausdruck bezeichnet werden konnte, eine Darlehnsstipulationsurkunde war. In L. 40 cit., wo gar kein Darlehn hingezahlt war, kann selbst nur an eine Stipulation gedacht werden. Und wie inconsequent verfährt man, wenn man Stellen, in denen von ex chirographo agere, conveniri u. s. w. die Rede ist, stets von Stipulationsurkunden versteht, hier aber nicht dasselbe gelten lassen will. Auch aus dem Codex beweist namentlich die scheinbarste L. 14 C. de solut. (8, 43) verb. „chirographum acceptae pecuniae" nichts, da die mutua accepta pecunia ja die Hauptsache in den schriftlichen Darlehnsstipulationen war.

Digitized by Google

bar sind, stand außer Frage. Endlich ist auch, abgesehen von dem Ausdruck chirographum, aus den Rechtsquellen der s. g. classischen, d. h. vorconstantinischen Zeit kein irgendwie sicherer Beweis dafür zu erbringen [1]), daß die urkundliche Bezeugung des Empfangs von Sachen eben so einen Realcontract, insbesondere ein Mutuum begründet habe [2]), wie dieses so vielfache Quellenzeugnisse für den Verbalcontract aussprechen, wenn über den Abschluß eines solchen eine Urkunde abgefaßt ist: obgleich nicht geläugnet werden soll, daß ein eigenhändiges Anerkenntniß eines Mutuum, Depositum u. s. w., wenn ein solches üblich gewesen wäre, auch Beweiskraft gehabt hätte.

Daß nun aber bei den selbst geschriebenen oder unterschriebenen Darlehnsstipulationsurkunden es, dem Griechischen Vorbilde gemäß, auch hauptsächlich auf den Beweis für den materiellen Grund der Stipulation, das empfangene Darlehn, abgesehen war, bezeugen ausdrücklich einige Stellen des Seneca über diese Beweissicherung (neben der durch nomina facta und pararii): de benef. 2, 32, 2. quidam nolunt nomina secum fieri nec interponi pararios, nec signatores advocari nec chirographum dare und 3, 15, 2. 3. ille non est interrogatione (einem nach alt Römischer Sitte bloß vor Zeugen mündlich oder schriftlich stipulierten Darlehn) contentus, nisi reum manu sua tenuit (wenigstens durch von ihm hinter den Zeugen erlangtes Chirographum) ... in quid isti viri ornati adhibiti sunt? in quid imprimunt signa? nempe ne ille neget accepisse se quod accepit. Bei Gellius (S. 91) geht aber die chirographi exhibitio auf jenes chirographum dare auch mit der eigenen Schrift oder Unterschrift des Schuldners, die tabularum obsignatio auf das Zeugniß der übrigen das promisisse und accepisse dixisse bekundenden Zeugen — in der Regel bei derselben Urkunde auch mit chirographum, wenn auch ausnahmsweise wohl blos das eine oder andere Beweismoment angewandt werden mochte.

Bruns (die Unterschr. in den Röm. Rechtsurk. Abh. der Acad. der Wiss. 1876 S. 44—47) in einer Polemik gegen Mommsen (C. I. L. III. p. 923), der richtig Siegel und Namensunterschrift der Schuldner im Interesse des Gläubigers, ut cautionem debitores comprobarent chirographo suo, beigefügt ansah, meinte, eigene oder fremde Schrift des Namens des Schuldners sei für den Gläubiger gleichgültig gewesen, es habe sich vielmehr nur der Schuldner durch Mitsiegeln gegen Collusionen des Gläubigers mit den übrigen Signatoren schützen wollen, der nun nicht ohne seine Zuziehung die Urkunde zwecks Vornahme von Fälschungen habe öffnen können: bei jenem andern Zwecke hätte auch die Unterschrift unter

---

[1]) Die Stellen bei Gneist S. 21. 281, welche bei unserer exceptio von einem pecuniam cavere oder einer cautio emissa sprechen, können doch dafür nicht gelten, da cautio, wie jener selbst zugibt, in der Regel so viel wie stipulatio bedeutet.

[2]) Auf die Annahme eines solchen Satzes hat Heimbach Creditum S. 547. 635. 637. 640 seine Lehre von der exceptio n. n. p. gestützt, die Anfangs und da noch ohne Zeitbeschränkung gerade nur gegen (peregrinische?) Syngraphä und Chirographa eingeführt sei, welche ein einfaches Darlehn oder eines mit Darlehnsstipulation enthielten. Dabei bleibt unklar, wie im Falle des einfachen Darlehns die exceptio wirklich eine solche und nicht eine bloße Abläugnung des Klaggrundes (der pecunia numerata) nur in Form einer s. g. (den Römern unbekannten) bloßen Beweiseinrede gewesen sein soll.

Digitized by Google

dem innern Exemplar der Urkunde stehen müssen. Dabei ist aber die angeführte Stelle des Seneca übersehen und woher dann der Name chirographum? Daß die eigene Namensbei- oder Unterschrift, in der Regel mit einer Erklärung verbunden, aber auch die eines zur Urkunde nur mitwirkenden und ihren Inhalt kennenden Signator, ein Anerkenntniß des ihn darin Betreffenden enthält, ist bekannt (vgl. besonders vom Signator L. 26. §. 1 D. de pign. 20, 1; mehr bei Bruns S. 100. 114 ff.). Es war aber auch die letzte Stelle unter den Signatoren der äußern Urkunde die bei weitem passendere für sie, nicht blos weil sich die Anerkennung dann durch diese wahre Unterschrift auf die ganze Urkunde bezog und der Schuldner damit gleichsam als Zeuge wider sich selbst erschien, was man immer als das beweisendste Zeugniß ansah, sondern auch, weil sie da zugleich neben dem äußern Urkundentexte, ihn gleichsam wie ein adpromissor oder adstipulator unmittelbar bestätigend, stand [1]) und der Gläubiger dadurch besonders es erlangte, daß in der Regel wenigstens bei bloßen Bescheinigungen schon der äußern Urkunde geglaubt (Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. XII. S. 199) und ihm das umständliche Zusammenbringen der Zeugen zur Eröffnung der innern Urkunde erspart wurde, da der Schuldner, außer bei behaupteter Fälschung, ja nicht so unverschämt sein konnte, seine eigene Handschrift zu verläugnen. Vgl. Cic. Phil. 2, 6, 8. Traute er aber dem Gläubiger nicht, so war ein sicheres Mittel gegen dessen Fälschung die Abfassung von Duplicaten, von denen er eins selbst behalten oder nach Griechischer Sitte anderwärts deponieren konnte. Vgl. L. 27. §. 1 D. de furt. (47, 2) und die Societätsurkunde bei Bruns fontes p. 209.

Wie nun aber, wenn der Schuldner, wenn auch vielleicht nicht die promissio, doch die materielle Hauptsache, den wirklichen Empfang des Darlehns läugnete? — ein so häufiger Fall, daß Juvenal 16, 40 ihn als Normalbeispiel eines wohlbegründetsten Processes mit einer persönlichen Klage neben einem andern mit dinglicher Klage anführt:

Debitor aut sumtos pergit non reddere nummos,
Vana supervacui dicens chirographa ligni.

War die erwartete Hinzahlung des Darlehns wirklich nicht erfolgt, was ja in der Regel der Kläger selbst wußte, so begründete dieses gegen die doch angestellte condictio certi nach allgemeinen Grundsätzen (L. 2. §. 3 D. de doli exc. 44, 4) eine exceptio doli mali (Gai. 4, 116. 119. L. 1. §. 2 D. de stip. serv. 45, 3), oder wie man sie, wenn der Kläger ausnahmsweise weder ursprünglich noch jetzt beim Klagen in dolo war, z. B. als Erbe eines am Geben des Darlehns Gehinderten aus dem in der Erbschaft vorgefundenen Schuldschein klagte (L. 177. §. 1 D. de reg. iur. 50, 17), oder wenn dem Kläger in Respectsverhältnissen kein Dolus vorgeworfen werden durfte, nennen und in factum concipieren mußte (L. 4. §. 16 D. de d. m. exc. (44, 4). L. 9 C. de non num. pec. 4, 30), exceptio non numeratae pecuniae (L. 4. §. 16 D. de doli m. exc. 44, 4), woraus die dis-

[1]) Darauf bezieht sich auch das von Bruns S. 48. 148 ff. verkannte adsignare der durch Subscription Anerkennenden oder Zeugen und sind auch die Stellen des Marcian und Modestinus L. 8. §. 15. L. 9. §. 1 D. quib. mod. pign. solv. (20, 6) nicht mit ihm S. 20 ff. aus der angeblich schon damals, sondern in der That erst etwa seit Constantin geänderten Art der Urkunden zu erklären.

Digitized by Google

junctive Zusammenstellung in der L. 29 pr. D. mand. (17, 1) und L. 3 C. de n. num. pec. (4, 30) ... exceptio vel doli vel non numeratae pecuniae sich erklärt. Auch erhellt schon hieraus, daß beide sich auch materiell nicht gleichstehen, obgleich dieses meist angenommen wird. Doch greift der Unterschied noch viel weiter. Wollte der mit einer intentio certa Belangte den Einwand, daß bewußt wider die wahre Billigkeit geklagt werde, auch aus andern Gründen als dem des nicht gezahlten Geldes herleiten, deren Wahl er sich für die Ausführung vor dem Judex vorbehielt, so war allerdings auch deshalb nur die doli exceptio am Platze. Außerdem und namentlich, wenn er nicht sicher war, ob der Kläger nicht in gutem Glauben klage oder in einem Respectsverhältniß zu ihm stehe, that er stets wohl, nur die exceptio non numeratae pecuniae vorzuschützen, die nur für ihre Conception in der Klagformel der genauern Angabe, daß der Kläger wegen eines in Aussicht gestellten Darlehns stipuliert habe, das dann aber nicht wirklich gezahlt sei, bedurfte (Gai. 4, 116). Die so gefaßte Einrede führte den Beklagten zu demselben Ziel und er ersparte sich dann den Beweis des Dolus, der an sich und allgemein auch für die doli exceptio aus sichern Indicien von ihm geführt werden mußte. L. 18. §. 1 D. de probat. (22, 3). L. 4. L. 19. §. 3 D. eod. L. 2. §. 1 D. de doli m. exc. (44, 4). L. 4. 8. 10 C. de resc. vend. (44, 4). L. 6 C. de dolo m. (2, 21). Schon daraus, allerdings aber außerdem auch aus dem eigenthümlichen Beweisrechte jener factischen Einrede, welches sie der Klage aus einem Darlehnschirographum gegenüber hatte (wovon später), erklärt sich, warum später nach fast abgekommener blos mündlicher Stipulation nur von der Einrede oder Beschwerde der non numerata pecunia die Rede ist und namentlich Justinian in §. 2 I. de except. (4, 13) diese der von Gaius l. c. erwähnten doli mali exceptio substituiert hat.

Was nun jenes eigenthümliche Beweisrecht der exceptio non numeratae pecuniae betrifft, so geht bekanntlich die herrschende Lehre darüber im Ganzen dahin: es sei um die Mitte der Kaiserzeit der neue Rechtssatz aufgekommen, daß wer über Darlehnssachen eine schriftliche cautio (chirographum) ausgestellt habe und behaupte, jene nicht empfangen zu haben, diese Beschwerde (querela n. n. p.) nur innerhalb eines annus (utilis) — woraus später ein quinquennium continuum, von Justinian aber ein biennium continuum gemacht wurde, anbringen dürfe und zwar als aus der cautio Belangter in Form der exceptio n. n. p., selbst klagend aber, indem er seine cautio mit einer condictio zurückfordern dürfe, in beiden Fällen so, daß der Gegner genöthigt sei, den vermeintlichen Empfang auf andere Weise als aus der Urkunde zu beweisen, dieses Querelrecht aber auch durch einen innerhalb jener Zeit gegen den Gläubiger eingelegten Protest wegen Nichtempfangs perpetuiert werde, wogegen das Schweigen des Schuldners nach Ablauf der gesetzlichen Zeit gegen die Klage aus dem Schuldbriefe ihn von der Querel gänzlich ausschließe und, was diesen Einwand betrifft, schlechthin sachfällig mache. Doch ist im Einzelnen sehr Vieles bestritten, wovon wir hier absehen.

Suchen wir nun zuerst das Historische zu erledigen, so ist

1. bemerkenswerth, daß die ausdrücklichen Zeugnisse darüber sich blos auf die erwähnte Zeit beziehn, nach deren Ablauf die Querel mit jener Wirkung nicht mehr vorgebracht werden konnte. Justinian sagt im tit. I. de litter. obl. (3, 21): si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest. hoc

Digitized by Google

enim saepissime constitutum est. Sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur et ex ea nascatur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Das multum tempus habe sich zwar, fährt er fort, nach kaiserlichen Constitutionen bis auf 5 Jahre erstreckt, er selbst habe es aber zu Gunsten der Gläubiger auf 2 Jahre beschränkt. Daß das multum tempus ursprünglich ein Jahr betrug und wer aus diesem annus (utilis) ein quinquennium continuum gemacht habe, erfahren wir aus einer Constitution des Herm. C. nach Hänels Ausgabe (Corp. iur. Bonn. p. 65):

> Tit. I. De cauta et non numerata pecunia.
>
> 1. Aurelius Alexio. Ex cautione non numeratae pecuniae non anni, sed quinquennii spatio deficere, nuper censuimus. Scripta VII. Id. April. Sirmio. Caes. A. Cos.
>
> Interpretatio. Secundum legem ex corpore Theodosiano: Si certum petatur de chirographis (nehmlich L. un. Th. C. 2, 27) quia de quinquennio habetur expositum, ideo hanc legem ex Hermogeniano credidimus adiungendam, quae tempora intra quae contestari convenit de cauta et non numerata pecunia, id est, intra quinquennium evidenter ostendit.

Abgesehen von der einleuchtenden Verbesserung des Cuiacius in dem Rescript selbst Exceptionem statt des handschriftlichen Excautione (oder cautionem) hat man längst erkannt, daß in dessen Inscription Aurelius verderbt sein müsse und nach der Subscription Sirmio wohl die Kaiser Diocletian und Maximian die Urheber der Verordnung sein möchten. Dieses wird außer Zweifel gesetzt, wenn man hinzunimmt, daß der Herm. C. als bloße Nachtragssammlung zum Gregorianus nicht blos mit diesen Kaisern begann, sondern auch ursprünglich nur Rescripte von ihnen enthielt und die Westgothische Epitome nur solche aus ihm aufgenommen hat (vgl. Zeitschr. f. R.G. VI. S. 279 ff.), daß um jene Zeit auch sonst für tempus utile ein continuum gesetzt wurde (Gneist a. a. O. S. 18), und daß endlich die verderbte Inscription sich dann leicht erklärt. Aurelius ist nehmlich wahrscheinlich aus Idem (iidem) Augg. entstanden, wovon idem bei Auszügen oder Nachträgen gewöhnlich weggelassen (meine Schr. Zur Pandektenkritik S. 95 ff.) und in dem Bedürfniß, nun einen Kaisernamen zu haben, auch sonst aus Augg. das geläufige Aur. (elius) gemacht wurde (vgl. meine Anm. zu Fr. Vat. 283 in der Jurispr. anteiust.). Diese Kaiser hatten also in einer Constitution, die noch Anderes enthalten mochte, weshalb sie nicht selbst aufgenommen wurde, diese Veränderung getroffen.

Die Zeit der Entstehung der Einrede selbst [1]) glaubt der gründlichste Forscher über dieselbe, dem man jetzt folgt (Gneist form. Vertr. S. 268 ff. 275 ff.), auf Antoninus Caracalla (211—217) in der letzten Hälfte seiner Regierungsjahre zurückführen zu müssen, weil sie nachher in Rescripten von ihm (L. 3. 4 C. h. t.

---

[1]) Man versteht darunter stillschweigend wohl die Einrede mit ihrem eigenthümlichen Beweisrecht, obgleich die Meisten diesen Punct im Dunkeln lassen, viele, besonders ältere Rechtslehrer entschieden annehmen, daß sie mit ihrem besondern Beweisrechte so alt wie die doli exceptio, und nur ihre Verjährung erst später eingeführt sei.

Digitized by Google

i. e. de non num. pec. 4, 30) aus den J. 215—217 und in spätern Stellen unzweifelhaft erwähnt werde, aus der Zeit unmittelbar vorher herrührende Stellen aber (die L. 1 C. h. t. vom J. 197, L. 1 C. de cond. ob turp. (4, 7) zwischen 211—215 und L. 2 C. h. t. vom J. 213 noch entgegengesetztes Recht enthalten, auch den Pandekten das Recht dieser Querel noch unbekannt sei, ja die L. 25. §. 4 D. de prob. (22, 3) von Paulus auch direct ihr Entgegengesetztes ausspreche[1]). Mir scheint die Erklärung dieser Stellen, auf deren Grund diese Folgerungen gezogen werden, unrichtig. Schon das macht sie verdächtig, daß Justinian dann Antinomien in seine Rechtsbücher aufgenommen haben würde. Doch gehen wir die Stellen nach der Zeitfolge einzeln durch.

Die

> L. 1 C. h. t. Si pecuniam tibi non esse numeratam atque ideo frustra cautionem emissam adseris et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes: nam intentio dati pignoris neque numeratae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus adversarius tuus agere coeperit.

ist eine Lex gemina mit L. 1 C. si pignoris conventionem numeratio secuta non sit 8, 32 (33), wo nur adseris fehlt und redditae statt numeratae steht. Gneist meint, jedenfalls verlange das Rescript im Eingange Beweis der non numerata pecunia vom Aussteller der cautio und wisse daher noch nichts vom Recht der querela n. n. p.; übrigens seien beide Stellen von den Compilatoren auf verschiedene Weise geändert, in L. 1 unseres Titels adseris hinzugefügt, in der andern L. 1 redditae statt numeratae gesetzt. Diese Annahme ist doch wohl schon an sich höchst unwahrscheinlich. Vielmehr ist unbefugte Interpolation jedenfalls des ungeschickt störenden adseris in der ersten, dann aber doch wahrscheinlich auch in derselben des numeratae statt redditae anzunehmen. Das bestätigt, was alle früheren Auslegungen für unsere Materie, die im Uebrigen schon Gneist widerlegt hat, übersehen[2]), daß der Satz nam intentio dati pignoris neque redditae pecuniae u. s. w. den aus L. 13. §. 1 D. ad SC. Vellei. (16, 1) vgl. mit L. 30. §. 1 D. de exc. rei iud. (44, 2) und anderen Stellen bekannten Haupttheil der technischen intentio der dinglichen actio und danach auch der exceptio pigneratitia, also die beiden nothwendigen Voraussetzungen, ohne welche das Pfandrecht keine Kraft hat,

---

[1]) Wenn Heimbach Creditum S. 623 außerdem beibringt, daß die Einrede nach Gell. 14, 2, 7 zu dessen Zeit noch nicht existiert haben könne, weil da die chirographi exhibitio ohne Weiteres zu den Mitteln eine obligatorische Numeration zu beweisen gezählt werde, so heißt das sicher eine Stelle übermäßig pressen, die doch nur allgemein von den gewöhnlichen Beweismitteln eines eingeklagten Darlehns im Gegensatz zu völliger Beweislosigkeit spricht. Selbst dafür kann man die Stelle nicht anführen, daß chirographum auch von einem bloßen Darlehnsempfangsscheine (ohne Stipulation) gebraucht worden sei, s. oben S. 99.

[2]) Wie es scheint, auch die Verfasser und Scholiasten der Basiliken. Aus der Wiedergabe der L. 1 C. h. t. in Bas. 23, 1, 63, wo man wohl μὴ δεδωκότι statt μὴ δεδωκώς zu lesen hat, sieht man wegen des Beweises nur so viel, daß der Verfasser ihn dem hypothekarisch klagenden Gläubiger auflegt. Die andere Stelle 25, 7, 55 läßt sich auf die Beweisfrage gar nicht ein.

Digitized by Google

ausſpricht (vgl. Zeitſchr. für Civilr. XX. S. 169 ff. Dernburg Pfandrecht I. S. 79 ff.): Beſtellung des Pfandes und daß das Geld noch nicht zurückgezahlt iſt, wofür denn in der Lehre vom Pfandrecht auch wohl die L. 1 C. si pign. conv. mit angeführt zu werden pflegt, wiewohl unſicher eben wegen der andern Lesart in L. 1 C. h. t. Für den Pfandrechtstitel nahm nun auch der ſicher erſt nachjuſtinianiſche Interpolator an dem redditae keinen Anſtoß. Für den de non numerata pecunia aber ſchien es ihm nicht zu paſſen, weil da ja nicht von pecunia a debitore non reddita, ſondern (debitori) non numerata die Rede ſein müſſe, und in demſelben Gedanken ſetzte er da auch das adseris ein, um das probaturus es auf den Beweis des gegebenen Pfandes zu beſchränken, weil es, auf den des nicht empfangenen Geldes mit bezogen und daher dieſen auch von dem vindicierenden Schuldner und Pfandgeber fordernd, den Grundſätzen der querela n. n. p. widerſprechen würde. Er bedachte nicht, und darin ſind ihm die neueren Interpreten gefolgt, daß das Reſcript ja nicht von der perſönlichen Klage aus dem Schuldſchein ſpricht, auf die ſich die Querel allein bezieht, ſondern von dinglichen wegen der Pfandſache (in rem experiri durch Vindication und am Schluſſe von der gegneriſchen hypothecaria actio) und die Compilatoren es eben nur deshalb auch in den Titel de n. n. p. geſtellt haben, damit man die Querel nicht auch bei dieſer letzteren Klage anwende: wonach es dann aber eben umgekehrt beweiſt, daß zur Zeit dieſes Reſcripts das Querelrecht ſchon galt. Klagt nehmlich der, welcher für eine pecunia cauta non numerata ſeine Sache zu Pfand gegeben hat, mit der Vindication gegen den Pfandnehmer, ſo wird ihm der Beweis, daß er Eigenthümer ſei und der Beklagte beſitze, dadurch ſehr erleichtert, daß der Gegner ihm die Einrede des Pfandrechts entgegegenſetzt, weil er damit ſelbſt bekennt, daß er die Sache vom Kläger als Eigenthümer in den Beſitz erhalten habe und daher die Präſumtion entſteht, daß auch jetzt noch der Kläger Eigenthümer und er Beſitzer ſei. Er muß dann aber dieſelbe Präſumtion aus der gegneriſchen Behauptung sibi rem pignori datam esse im Sinne einer gültigen Verpfändung, auch nach einer anderen Seite hin zu Gunſten des Gegners ſich gefallen laſſen, nehmlich dafür, daß eine wirkliche Schuld alſo pecunia numerata zu Grunde gelegen habe, weil nur dafür das vom Gegner behauptete Pfand wirklich haftet, und aus der Einrede des Beklagten nur pignus datum et pecuniam non redditam gefolgert werden kann. So wie alſo der Beklagte im Vindicationsproceſſe gegen die ſonſtige Regel den Gegenbeweis übernehmen muß, daß er doch nicht beſitze oder Kläger jetzt nicht mehr Eigenthümer ſei, ſo muß auch dieſer gegen die ſonſtige Regel beweiſen, daß er auf ſein Chirographum kein Geld empfangen habe, womit er denn zugleich die exceptio pignoris entkräftet: nam intentio pignoris dati u. ſ. w.[1]) Verkehrt wäre es nur wieder, aus dieſem Falle der rei vindicatio des Pfandgebers ſchließen zu wollen, daß auch, wenn mit der Schuldklage aus dem Chirographum geklagt wird, der Kläger blos aus dem Umſtande, daß ihm ein Pfand dafür beſtellt worden, folgern dürfe, der Beklagte dürfe nicht mit der querela n. n. p.

[1]) Eine neue in vielen Punkten gegen frühere richtigere Auslegung, die aber meines Erachtens doch den eigentlichen Nerv der Sache nicht trifft, hat Schleſinger Formalcontr. S. 301—304 gegeben.

Digitized by Google

den Beweis des gegebenen Geldes fordern, sondern müsse den des Gegentheils selbst führen. Dagegen ist das Rescript desselben Kaisers L. 3 C. h. t. gerichtet, die nun auch erst ihr rechtes Licht erhält.

Das zweite Rescript, L. 1 C. de condict. ob turp. causam (4, 7):

> Si ex cautione tua conveniri coeperis, nullam te pecuniam accepisse, sed ob turpem causam et quam fieri prohibitum est, interpositam ei, qui super ea re cogniturus est, probandum est, et eo impleto absolutio sequetur.

mag allerdings eine Klage ex stipulatu ex chirographo mit dem Bekenntniß des Empfanges des Darlehns betroffen haben. Nach Inhalt der Stelle selbst behauptet aber der Bittsteller nicht blos und hauptsächlich kein Geld empfangen zu haben, sondern daß er unter dem Scheine eines empfangenen Darlehns — den man in solchen Fällen gewiß häufig vorwandte[1]) — vielmehr wegen zukünftiger Vornahme von etwas Schimpflichem sich auf die verschriebene Summe verpflichtet habe, wofür er nur den Nichtempfang des Geldes als Unterstützung anführte, d. h. er behauptete eine Beschaffenheit der Stipulation selbst, deren Beweis sie als turpis stipulatio nichtig machte. Hier könnte und kann auch jetzt von einer exceptio n. n. p. nicht die Rede sein, weil diese als exceptio eine ipso iure gültige Stipulation und Klage voraussetzt, und der Beweis (beziehungsweise Gegenbeweis) des Klagegrundes erst erledigt sein muß, ehe es auf Exceptionen ankommt (L. 19 C. de prob. 4, 19). Den Beweis der Nichtigkeit wegen schimpflichen Zwecks mußte aber der Beklagte führen, da der Inhalt der Urkunde gegen ihn sprach, und zwar nach L. 11 C. h. t. vgl. L. 1 rest. C. de test. 4, 20 (Cuiac. obs. 13, 38) auch wieder durch Urkunden.

Aehnlich ist das Mißverständniß des dritten Rescripts, der

> L. 2 C. h. t. Minorem pecuniam te accepisse et maiorem cautionem interposuisse, si apud eum, qui super ea re cogniturus est, constiterit, nihil ultra quam accepisti cum usuris in stipulatum deductis restituere te iubebit.

Zumal unter den Titel de non numerata pecunia gestellt, soll die Stelle sicher nicht von einem blos irrthümlich höher gesetzten (wovon sie nichts aussagt), sondern von einem nicht bis zum geschriebenen Belauf auch hingezahlten Darlehn sprechen. Auch fordert sie mit si constiterit in diesem Zusammenhange allerdings den Beweis vom Beklagten, daß er nicht das Ganze, was geschrieben ist, empfangen habe, obgleich die Meisten, wohl wegen L. 9 C. h. t., das Gegentheil annehmen[2]). Sie fordert aber diesen Beweis von ihm nicht, weil damals das

---

[1]) Vgl. die übrigens auch verfehlte und Fremdartiges in die Stelle hineintragende Erklärung von Unterholzner im Archiv f. civ. Pr. VII. S. 56.

[2]) Bei Glück Pand. XII. S. 149, der selbst zuerst richtige eigene Bedenken dagegen äußert. Heimbach Creditum S. 666, der auch eine damals schon bestehende exceptio n. n. p. annimmt, sucht die Stelle aus einer confessio in iure des Beklagten hinsichtlich des geringern Betrags zu erklären. Dann fällt aber auf, daß der Kaiser über den Beweis in Betreff des streitig bleibenden Mehrbetrags, hinsichtlich dessen die exc. n. n. p. gelten soll, nichts sagen würde. Auch wird das constare doch ebenso wohl von dem maiorem cautionem interposuisse als von dem minorem pecuniam accepisse vorausgesetzt, und constiterit geht als 2. Futurum auf die Zukunft, folglich nicht auf die vergangene confessio in iure.

Digitized by Google

Recht der querela n. n. p. noch nicht bestanden habe, sondern ungeachtet desselben. Bekennt nehmlich der Beklagte überhaupt das Darlehn, nur in geringerer Höhe, erhalten zu haben, so erscheint dieser einschränkende Umstand nur als eine Ausnahme oder Abweichung von dem überhaupt Eingetretenen, die nach allgemeinen Grundsätzen die Beweisrolle umkehrt. Schon einige Glossatoren (Haenel diss. dom. p. 266) erinnerten daher mit Recht, daß auch bei der condictio indebiti, obgleich nicht eigentliche Geschäftsleute in der Regel den Beweis der Schuld vom Bezahlten fordern können, doch nach L. 25. §§. 1. 2 D. de prob. (22, 3) der Beweis der Zahlung einer Nichtschuld auf sie übergeht, wenn sie nur zu viel gezahlt zu haben behaupten. Die L. 9 C. h. t. von Diocletian steht mit dieser L. 2 nicht in Widerspruch. Der Empfänger dieses Rescripts hatte, wie unsere spätere Erklärung der Stelle zeigen wird, zuerst ein Darlehn empfangen und dann darüber und über eine dazu erwartete weitere, aber auch besondere Darlehnssumme, die ihm nicht gezahlt war, eine Stipulationsurkunde ausgestellt. Da galt natürlich das gewöhnliche Recht der querela n. n. p. Wollte man sich aber auf Justinians Vorschrift über die exceptio n. n. p. bei Quittungen in L. 14. §. 2 C. h. t. berufen, die regelmäßig auch bei Theilrückzahlungen gilt, so beweist diese eher das Gegentheil, da es ja schon wegen der Zinsen eben so in der Natur der Schuldabzahlungen des feneratitius debitor liegt, auch theilweise zu erfolgen, wie in der der Hinzahlung zum Darlehn, daß sie auf einmal geschieht. Justinians L. 3 C. de plus petit. (3, 10) endlich, nach der der Kläger, der den Beklagten betrüglicher Weise zur Ausstellung einer Cautio in höherem Belauf, als er schuldig war, bewogen hat und auf die volle Summe klagt, mit dem Verlust seiner ganzen Forderung (wie nach dem alten Recht der pluris petitio quantitate) bestraft werden soll, gehört gar nicht hieher, da sie nicht von Darlehn, sondern von einer gesteigerten promissio ex causa praecedente debiti spricht[1]).

Besonders wird aber die Richtigkeit unserer Auslegung der L. 2 C. cit. bestätigt durch zwei andere gewöhnlich[2]) auch mißverstandene Codexstellen über eine bemerkenswerthe eigenthümliche Anwendung der schriftlichen Darlehnsstipulationen in der Kaiserzeit. Kaiser Gordian rescribiert im Jahr 220 in

> L. 3 C. de postul. 2, 6). Si sub specie honorarii, quod advocato usque ad certum modum deberi potuisset, eam quantitatem, quam desiderio complecteris, te daturum cavisti et, quasi mutuam pecuniam accepisses, eam te redditurum cavisti, nec temporis spatio gesto negotio consensum ac fidem accommodasti, competenti exceptione non numeratae pecuniae tutus es et ex hac causa cautionem interpositam usitato more potes condicere.

Auch das bedungene Honorar eines Advocaten durfte bekanntlich nach dem Rechte der Kaiserzeit ein gewisses Maximum nicht überschreiten (Glück Pand. V. S. 115 ff.). Um dagegen nicht zu verstoßen, vermochte der Advocat im vorliegenden Falle seinen Clienten, ihm eine größere als die erlaubte Summe durch Darlehnsstipulation zu verschreiben in der Absicht, durch Nichteinzahlung des Darlehns, die sein auch nur

---

[1]) Vgl. Schlesinger Formalcontr. S. 288 gegen Bähr Anerkennung S. 328 ff.

[2]) Namentlich auch von Schlesinger Formalcontr. S. 313 ff.

Digitized by Google

vorgeblich (daher sub specie honorarii und deberi potuisset) zu leiſtender Dienſt rechtfertigen ſollte, ſich doch die volle Summe zu verſchaffen. Auch hier ſichert den Promittenten vor abgelaufener geſetzlicher Zeit die gewöhnliche querela n. n. p. durch exceptio und daher auch (ex hac causa) durch condictio der cautio und damit der ganzen grundloſen Verpflichtung. Wie aber, wenn ihm ein Theil des erwarteten Darlehns gezahlt wäre? Davon ſpricht ein Reſcript des Valerianus und ſeiner Mitkaiſer (259):

> L. 4 C de cond. ob causam dat. (4, 5). Si, cum exiguam pecuniam re vera susciperes, longe maiorem te accepisse cavisti eo, quod patrocinium adversarius repromitteret, cum dicas fidem promissi non secutam, ut libereris obligatione eius quod non acceptum propter speratum patrocinium spopondisti, per condictionem consequeris.

Daß der Advocat hier, wie es ſcheint, die Leiſtung ſeines Patrocinium gegen das ſchriftliche Darlehnsrückzahlungsverſprechen auch förmlich verſprochen hatte, iſt gleichgültig: daſſelbe mochte auch im Falle der L. 3 C. cit. geſchehen ſein. Aber in dem unſerer L. 4 halten die Kaiſer nur die allgemeine condictio ob causam non secutam mit dem darin dem Kläger obliegenden Beweiſe (L. 11 C. eod.) und zwar auch nur auf Befreiung von dem grundlos gewordenen Theile der Obligation, weil der Darlehnsſchein für das wirklich Gegebene ſeine Kraft behält, für zuläſſig, ohne das beſondere Recht der exceptio n. n. p. und die für ſie geltende beſchränkte Zeitdauer zu erwähnen.

So bleibt nur noch die Pandektenſtelle des Paulus übrig, die vermeintlich (vgl. darüber Gneiſt S. 198 ff.) mit einem ihm ſchon bekannten beſonderen Rechte der exceptio n. n. p. unverträglich ſein ſoll, was freilich nach dem bekannten Zeitalter dieſes Juriſten ſchon an ſich ſehr auffällig ſein würde, wenn das Recht der Querel doch wenigſtens ſchon um 215 aufgekommen ſein ſoll.

> L. 25. §. 4 D. de prob. (22, 3). Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin antem cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit: nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eam conscripsit; tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse [1]).

Daß die Stelle von nichts Anderem als ſchriftlichen Stipulationen ſpricht, hat beſonders nach den Ausdrücken cautio exposita, eam conscripsit, indebite promisisse nur die völlige Voreingenommenheit von eigenen Gedanken verkennen können. Es

---

[1]) Wir können uns hier dem Eingehen auf den Sinn dieſer lex tritissima nicht entziehen, deren Bezeichnung als einer unglückſeligen (Windſcheid Pand. §. 412 b Note 2, wo man auch die neueſten Litteraturnachweiſungen findet), vielleicht noch mehr als ihr ſelbſt den vielfachen Mißdeutungen, ja Mißhandlungen gebührt, die ſie von ſo Vielen erfahren hat bis zu der herab, für eine Interpolation erklärt zu werden. Windſcheids eigene Erklärung §. 318 Note 4 betont mit Recht, daß die Stelle nur von einer cautio indebite exposita ſpreche, nicht aber, was eben ſo wichtig, daß in ihr nur von der Beweislaſt in der an ſich als zuſtändig angenommenen condictio indebiti die Rede iſt.

Digitized by Google

iſt aber auch ein evidenter Irrthum, wenn man ſie ſo oft[1]), namentlich auch Gneiſt S. 198—209, Heimbach Creditum S. 388 u. ſ. w. auf ſolche Stipulationen aus irgendwelchen mangelnden materiellen causae, alſo insbeſondere auch auf Darlehnsſtipulationen non numerata pecunia bezieht, während, wie die ganze L. 25 nur von der causa indebiti, ſo insbeſondere unſer §. 4 nur von einer cautio indebite exposita im Gegenſatz zu einer solutio indebiti, von der vorher in pr. §§. 1—3 gehandelt war, ſo beſtimmt als möglich ſpricht[2]). Ein indebite (scriptura) promittere iſt nun doch keineswegs gleichbedeutend mit dem allgemeinen sine iusta causa promittere, ſondern nur das ſchriftliche promittere in der irrigen Meinung dieſes aus irgend einem nicht vorhandenen Schuldgrunde, wo man vielleicht auch gleich indebite hätte zahlen können, als Sicherung des vermeintlichen Gläubigers ſchuldig zu ſein z. B. aus dem Grunde eines Legats (L. 20. §. 1 D. de don. 39, 5) oder eines Judicats (L. 5. §. 1 D. de act. emti 19, 1), als Bürge für eine nicht vorhandene Hauptſchuld (L. 15 C. de fideiuss. 8, 41) oder wenn man aus einem angenommenen Schuldgrunde, der durch Läugnen zur Strafe des Doppelten verpflichtet, ſtatt gleich zu zahlen, nur erſt durch cautio den Andern ſicherſtellt (L. 4 C. de cond. ind. 4, 5), oder eben ſo aus einem andern nicht vorhandenen Schuldgrunde (L. 3 C. eod. L. 24. 31 D. eod. 12, 6), oder wenn man dem promittiert, gegen den man eine exceptio hatte (L. 78. §. 5 de iure dot. 23, 3) u. ſ. w.[3]). Es iſt dieſes zwar ein Fall des sine causa promissum (L. 1 pr. D. de cond. sine c. 12, 7), fällt aber nicht mit dieſem ganzen Genus zuſammen, und namentlich kann man von dem, der in Erwartung eines ausbleibenden

---

[1]) Nicht ſchon im Mittelalter, wo c. 14 X. de fide instr. (2, 22) den auf die causa indebiti beſchränkten Sinn der Stelle richtig wiedergibt. Eben ſo auch viele Neuere, aber meiſt unſicher. Der Irrthum verſteckt ſich, wenn man auch nicht ſchon von vornherein formellen Klaggrund mit Beweis oder indebite mit sine causa oder non iure verwechſelt, doch noch dahinter, daß man blos den Gegenſatz von Rückforderung hingezahlter Sachen oder eines ausgeſtellten Schuldſcheins ins Auge faßt und dann unvermerkt unter dem letzteren auch einen Darlehnsſchuldſchein n. n. p. verſteht, der ja am häufigſten Schuldſchein heißt. Vgl. z. B. Glück Pand. XXI. S. 389 ff. Anm. 98. XIII. S. 122. Unterholzner im Archiv f. civ. Pr. VII. S. 2. S. 70.

[2]) Der Irrthum, den Ausdruck indebitum dergeſtalt zu generaliſieren, daß er alle Gründe umfaßt, weshalb Jemand nach dem Rechte etwas nicht behalten darf, iſt ſchon ſehr alt. So kennt Stephanus zu Basil. 23, 1, 4. Tom. II. p. 591 in ſeiner überhaupt confuſen Condictionslehre eine generelle condictio, die indebiti, auf die auch die causa data causa non secuta, ob turpem und ob iniustam causam und außerdem die allgemeinſte, wegen indebitum (γενικώτατον τοῦ ἐνδεβίτου) nehmlich die sine causa und furtiva zurückzuführen ſeien. Doch iſt der Text wohl corrupt.

[3]) Es war wohl nicht überflüſſig, Beiſpiele eines indebite promissum im Gegenſatz zu einem solutum anzuführen, da neuere ſelbſt ausführlichere Darſtellungen der condictio indebiti wohl in Folge des Zurücktretens der Cautelarjurisprudenz, der das erſtere im Rechte ſehr verſchiedene angehört, in unſerer Rechtspraxis, das erſtere, bei dem dieſe condictio auch ſtets incerti iſt, entweder gar nicht erwähnen oder nur ganz gelegentlich und ſo, daß man meinen könnte, es ſei nur eine Unterart des indebitum solutum und zwiſchen beiden kein weſentlicher Unterſchied in ihrem Rechte. Man vergleiche z. B. Unterholzner Schuldverh. II. §§. 319 ff., v. Keller Pand. §. 299.

Digitized by Google

Darlehns eine ſchriftliche Cautio ausgeſtellt hat, doch nicht ſagen, er habe damit indebitum promittiert, da er ja gar nicht einmal aus einem in der Vergangenheit liegenden Grunde und am wenigſten aus einem Schuldgrunde promittiert, ſondern ohne alle wiſſentliche oder vermeintliche ſchon vorhandene Verpflichtung freiwillig erſt durch dieſe promissio Schuldner werden will. Ebendeshalb kann auch von einer analogen Anwendung des hier vom indebite promissum Geſagten auf die ſchriftliche Darlehnsſtipulation non numerata pecunia nicht die Rede ſein und kann demnach die Stelle überhaupt auch nichts dem Rechte der Querel wegen der letzteren Widerſprechendes ausſagen. Daſſelbe ergibt ſich noch deutlicher aus einer Betrachtung der Gründe, welche Paulus bei ſeiner zwei Arten der Ausſtellung der Cautio unterſcheidenden Entſcheidung leiteten. Die cautio, quae indiscrete loquitur, iſt eine ſolche, welche wohl vorhandene Schuld oder Schulden, denn dieſes ſetzt ja die ganze Stelle voraus, aber keine beſtimmte in der Ein- oder Mehrzahl als Grund der dafür, mit oder ohne Abſicht einer Novation, ſicher ſtellenden promissio angibt, im Gegenſatz zu einer ſolchen, wo der Ausſteller der Cautio causas specialiter explanavit, pro quibus (zu deren Sicherſtellung) eam conscripsit. Dieſen Unterſchied für die Beweislaſt in der condictio indebiti promissi zu machen, hat nun folgenden in der Sache ſelbſt liegenden einleuchtenden Grund. Im Falle der Zahlung eines indebitum, die ihrer Natur nach auf beiderſeits gemeinte, alſo beſtimmte Schuld geht, muß der Kläger, zumal da er mit ſeiner Klage den Beklagten zur Herausgabe von Sachen aus ſeinem Vermögen — die dieſer doch ſonſt hätte nützen können — nöthigen will (vgl. L. 3 C. de cond. ind. 4, 5), in der Regel ſtets gegen ſein in der Zahlung liegendes weiteſt gehendes Anerkenntniß des factiſchen Schuldgrundes, weil auch er damit Sachen, die er doch ſonſt hätte nützen können, weggab, deſſen Nichtbeſtehen beweiſen; qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet et indebitas effundat (L. 25 pr.). So wie dagegen das bloße Verlangen mit der incerti condictio, nicht Sachen herauszugeben, ſondern nur eine contrahierte Obligation nicht geltend zu machen, ein geringeres iſt, ſo verpflichtet man ſich auch leichter blos [1]), wenn man ſchuldig zu ſein glaubt, durch eine den Gläubiger ſichernde Cautio (vgl. L. 3 C. cit.), weil man damit nichts weggibt, ſondern auch nur wieder und nicht auf mehr obligiert wird, und es kann dieſes auch gar wohl mit allgemeiner Schuldangabe (z. B. tot nummos, quos debeo oder ex variis causis debeo), die dann kein Anerkenntniß irgend eines factiſchen Schuldgrundes enthält [2]), geſchehen. Fügt aber der Promittent auch einen

[1]) Wie auch das SC. Velleianum durch den für nöthig erachteten Schutz der Weiber blos gegen ihre Uebernahme von Obligationen, nicht auch von Zahlungen für Andere anerkennt. Nur angedeutet ſei ein anderer, auf denſelben Gründen beruhender wichtiger Unterſchied zwiſchen Weggabe von Sachen und bloßer Verpflichtung aus Irrthum, daß dort nur der entſchuldbare, hier, wo es ſich um den Nachtheil erſt einzubüßender eigener Sachen handelt, jedem auch der Rechtsirrthum unſchädlich iſt, indem der, der ſich aus Irrthum nur verpflichtet hat, ſich durch doli exceptio gegen die Klage aus der Verpflichtung ſchützen kann. L. 8 D. de iuris et facti ign. (22, 6). L. 17 pr. D. de doli exc. (44, 4). L. 1 pr. D. ut in poss. leg. (36, 4). §. 1. J. de except. 4, 13). Ueber den wahrſcheinlichen Grund, weshalb dieſer Unterſchied ſo vielfach verkannt wird, vgl. die vorige Note.

[2]) Vgl. Sintenis in den Sellſchen Jahrb. I. S. 298.

Digitized by Google

bestimmten zu sichernden Schuldgrund in der dem Andern zum Gebrauch gegen sich übergebenen Promissionsurkunde hinzu, so bringt er seine Verpflichtung, die ja formal eben so wie das dare sein Vermögen vermindert, in einer Hinsicht (der anerkannten bestimmten Schuld) unter dasselbe Recht wie die Zahlung, das heißt sein schriftliches Selbstbekenntniß der Schuld aus diesem factischen Grunde beweist diese so gegen ihn [1]), daß nur aus der zweiten Rücksicht (der leichteren bloßen Sicherungsverpflichtung) ihm noch ein ganz klarer Gegenbeweis aber auch aus Urkunden (manifestae probationes L. 24 D. de prob. 22, 3), weil er den Gegner durch eine solche sicherte, gewährt werden kann (vgl. L. 3 C. si minor se mai. (2, 43) Cuiac. obs. 13, 18). Natürlich würde übrigens hinsichtlich der Beweislast ganz dasselbe gelten, wenn der Promissor nicht die condictio indebite promissi auf Befreiung angestellt, sondern, nachdem er aus seinem Versprechen belangt worden, dem Kläger wegen der causa indebiti die doli exceptio entgegengesetzt hätte, was Paulus als selbstverständlich übergeht. Bei einem Versprechen wegen erwarteten Darlehns ist dagegen weder die allgemeine Erwähnung eines Verpflichtungsgrundes im Unterschiede vom speciellen des Darlehns (den daher auch alle unsere Beispiele solcher Chirographa wenigstens andeuten) vernünftiger Weise denkbar, noch tritt da der entschuldigende innere Zwang geglaubter Schuld ein.

Die große Tragweite der irrigen Auslegung der L. 25. §. 4 leuchtet ein. Gneist (S. 209 ff.) entnimmt daraus den allerdings „höchst merkwürdigen" Satz, daß bei jeder Klage aus einer Stipulation der promissor den Gläubiger nöthigen kann, das Vorhandensein einer causa der Stipulation nachzuweisen. Dieser Satz steht aber mit der allgemein zugegebenen formalen, d. h. ihre causa schon fingiert in sich selbst tragenden Natur der Stipulation, wonach sie auch ohne materielle causa klagbar verpflichtet (Quintil. I. O. 4, 2, 6. Satis est dixisse: Certam creditam pecuniam peto ex stipulatione. Gai. 4, 116. L. 2 C. de contrah. stip. 8, 38) und mit der Wahrheit, daß der Kläger nur den Grund seiner Klage zu beweisen braucht, in directem Widerspruch [2]) und er verschließt alle Einsicht in die wahre

---

[1]) Auch im heutigen Proceßrecht ist darüber, daß außergerichtliche Bekenntnisse an den Gegner über bestimmte Schuldgründe den Gläubiger von deren weiterem Beweise befreien, wohl kein Streit. Vgl. die Citate bei Schlesinger Formalcontr. S. 47. Die ganze Anomalie der querela n. n. p. beruht darauf.

[2]) Mit Unrecht beruft sich Gneist S. 219 auf die vermeintliche Analogie der Klage wegen eines legierten (oder auf andere Weise bestellten) Nießbrauchs, bei der der Kläger nach L. 13 pr. D. de usufr. (7, 1) auch durch doli exceptio (?) gezwungen werden könne, die Bestellung der satisdatio usufructuaria nachzuweisen, obgleich sie nicht zum Klaggrunde gehöre. Allerdings aber rechnet sie Ulpian dort zum Klaggrunde, wiewohl sie nur stillschweigend in dem civilrechtlich zu verstehenden Begriffe des ususfructus, den die Klage geltend macht, liegt; denn danach bildet sie ipso iure gleichsam einen Abzug oder eine Bedingung der Ausübung desselben, ähnlich wie die Caution wegen Verletzung der Falcidia für die Legate (L. 1. §. 7 D. si cui plus 35, 3), die Nichtpräterition eines suus oder emancipatus für das Erbrecht des Eingesetzten (L. 2 D. de exc. rei iud. 44, 2), wo diese Bedingung nur praktisch auch im prätorischen Erbrecht wurzelt und nur deshalb durch exceptio (aber nicht doli) wirkt. Deshalb wird sie auch nicht durch doli exceptio, sondern schon ex officio magistratus, der sonst die Klage verweigert, erzwungen. Auch liegt hierin der wahre Grund, weshalb der Testator die Caution wegen des legierten Nießbrauchs nicht

Digitized by Google

Geschichte und Natur unserer exceptio. Denn wer begreift nach ihm noch die Möglichkeit einer exceptio n. n. p. und gar der exceptio doli aus diesem Grunde, mit der der Beklagte sich mit einem schweren Beweise belastete, wenn der Kläger, mochte er aus einer blos mündlichen oder einer ihm zugestellten schriftlichen Stipulation klagen, schon an sich verpflichtet war, die Zahlung des Darlehns zu beweisen? Ohne hier auf Anderes, was von unserer Aufgabe weiter abliegt, einzugehen, möge nur noch bemerkt werden, daß das willkürliche Mißverständniß der L. 25. §. 4 cit. auch die Verkennung ihres wahren viel besprochenen Verhältnisses zu der ihr so ähnlichen, aber unserer Materie der exc. n. n. p. angehörigen L. 13 C. h. t. verschuldet hat. Offenbar hat Kaiser Justinus in dieser die Stelle des Paulus vor Augen gehabt, und zwar ganz verständiger Weise, weil er dort Schuldurkunden, die auch für in der Vergangenheit liegende Gründe ausgestellt sind und auf die man damals das Querelrecht wegen n. n. p. anzuwenden versuchte, von dessen Bereiche ausschließt, wovon später.

Wenn nun die angeführten Stellen des Codex und der Pandekten keineswegs beweisen, daß die exceptio n. n. p. mit ihrem eigenthümlichen Rechte erst von Caracalla eingeführt sei, und deren Name, der neben der doli exceptio aus diesem Grunde auf dieses eigenthümliche Recht hinweist, ganz eben so allgemein gesetzt in den Pandekten bei Ulpian (L. 29 pr. D. mand. 17, 1), wie im Codex bei Caracalla (L. 3 C. h. t.) vorkommt, so tritt kein Hinderniß ein, ihren Ursprung eben so, wie den gewöhnlichen so vieler anderer Einreden in eine viel frühere Zeit zu setzen und aus der Natur der weit älteren und gerade zu Caracallas Zeit nicht nachweislich geänderten Chirographa bei Darlehnen zu erklären, wobei nur auch das zu erklären sein wird, weshalb ihr besonderes Recht hinsichtlich der Zeitdauer in den Pandektenauszügen nicht erwähnt wird.

2. Dabei ist von vornherein festzuhalten, daß die exceptio n. n. p. überhaupt kein allgemeines Rechtsinstitut ist, sondern wie Justinian in Nov. 100 praef. bemerkt, nur in einigen Fällen gilt, hinsichtlich der vorliegenden Anwendung aber nach allem Bisherigen der Sinn des ganzen Instituts das ergibt, was L. 5. C. h. t., welche auch ausdrücklich ein Chirographum voraussetzt, mit klaren Worten ausspricht,

> non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur,

d. h. sie gilt nur, wenn die Klage auf Grund des Chirographum aus dem materiellen Grunde eines darin als bereits hingezahlt einbekannten wiewohl doch nur erst erwarteten Darlehns geklagt wird. Dieses um so sicherer, weil darauf schon der Name non numeratae pecuniae führt und der Kaiser hier die credita pecunia einem durch das Chirographum novierten besonderen früheren Schuldgrund (cum ex praecedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur) entgegensetzt, also, da dieser doch auch ein creditum im weiteren Sinne ausmacht, credita pecunia im gewöhnlichen engern Sinne nimmt. Es kann also von dieser Einrede, wenigstens nach ihrem ursprünglichen Rechte, weder die Rede sein, wenn ein Darlehn

---

erlassen kann. L. 7 C. ut in possess. leg. (6, 54). Daß dagegen die Stipulation schon objectiv nach ihrem Begriffe das Vorhandensein einer materiellen causa erfordere, ist unerfindlich. — Gelegentlich bemerke ich, daß meine Darstellung im Recht des Nexum Anm. 29 noch unter dem Einfluß der Gneistschen Lehre stand.

Digitized by Google

mit der actio mutui obgleich mit Beweishülfe durch eine schriftliche bloße Empfangsbescheinigung, noch auch wenn aus einer blos mündlichen Stipulation eines zu gebenden Darlehns geklagt wird, wie auch schon die Scholiasten der Basiliken bemerken (Gneist S. 268). Sie hieß daher auch unabgekürzt eigentlich exceptio cautae et non numeratae pecuniae, Tit. C. Herm. de cauta et non numerata pecunia mit der Interpr. (vgl. auch tit. C. de dote cauta non numerata (5, 15) Gai. ep. 2, 9, 11), wobei man cautae als selbstverständlich auf eine schriftliche Stipulation bezog, deren man sich damals fast ausschließlich bediente. Eben dieses ist bei einigen andern Stellen, die blos von Stipulation sprechen, im Auge zu behalten, wiewohl in allen dafür auch noch besondere Erklärungsgründe eintreten. Scheint namentlich §. 2. I. de except. (4, 13) die Einrede allgemein gegen jede actio ex stipulatu, also auch aus einer blos mündlichen Stipulation zuzulassen, so erklärt sich dieses aus der Abhängigkeit der Stelle von der nur unbeholfen geänderten des Gai. 4, 116 und schon Theophilus 4, 13, 2 hat die wirklich gemeinte Beziehung auf eine schriftlich ausgestellte Darlehnsstipulation hervorgehoben. Auch widerspricht nicht die nach einer andern Seite schon vorläufig erklärte L. 9 C. h. t. von Diokletian:

> Cum ultra hoc, quod accepit, re obligari neminem posse constet et si stipulatione interposita placita creditor non dederit, in factum dandam exceptionem convenit (richtiger conveniat), si necdum tempus, intra quod huius rei querela deferri debet, transiit, vel intra hoc in testando (wohl intra hoc contestando) iuri paritum sit: nihil ultra hoc, quod accepisti, sortis a te nomine praeses provinciae exigi patietur.

So nehmlich mit dem ersten si, welches schon ältere Ausgaben vor stipulatione richtig einschieben, ist offenbar zu lesen und gegen die gewöhnlichen Ausgaben, auch die Krügersche, welche den Nachsatz schon mit si necdum beginnen und damit den Lauf der Rede des Rescripts vollends verwirren, zu interpungieren. Im Uebrigen stehen die Worte stipulatione interposita nicht etwa im Gegensatz zu einem Chirographum, sondern sind, da auch dieses eine Stipulation mit actio ex stipulatu ex chirographo (L. 17 pr. D. de doli exc. 44, 4) enthält, im Gegensatz zu dem re obligari gewählt, welches auf ein dem Bittsteller schon gegebenes erstes und reines Mutuum hinweist, das der Gläubiger nachher für das weiter zu gebende der Zinsen wegen in das Chirographum mit einfaßte; denn im Gegensatz zum Mutuum als Realcontract steht wohl die Stipulation als Verbalcontract, nicht aber das Chirographum, welches man erst später auch wohl als Litteralcontract auffaßte. Aus derselben Besonderheit des Falles erklärt sich die Wahl des Ausdrucks in factum statt non numeratae pec. exceptio. Diese mußte hier ausdrücklich enthalten, daß nur das weiter zu gebende Mutuum nicht wirklich gezahlt sei[1]). Eine andere Stelle L. 11 C. h. t. weist die Einrede in dem dort vorausgesetzten Falle, daß Jemand stipulanti spopondit, aus einem andern Grunde überhaupt zurück, wonach es unnöthig war, die schriftliche Stipulation zu erwähnen. Von L. 13 C. h. t.,

---

[1]) Nicht verstanden hat das Rescript schon Thaleläus (Basil. 23, 1, 71. Tom. III. p. 660), der in der Einbildung, das ultra hoc quod accepisti, welches einfach nur den Gegensatz der für das empfangene Mutuum (sortis nomine) auch klagbaren Zinsen bedeutet, beziehe sich auf die vor Justinian zulässige Capitalisierung aufgelaufener und dann auch wieder zinsfähiger Zinsen, von einem ursprünglich andern Wortlaut der Stelle fabelt.

Digitized by Google

die bei einer schriftlichen Caution die Stipulation betont, wird später besonders gesprochen werden.

Im Falle eines schriftlich stipulierten, nachher nicht gezahlten Darlehns bediente man sich nun ohne Zweifel ursprünglich und warum nicht auch schon vor der Kaiserzeit? eben so wie bei einem solchen blos mündlich stipulierten, nur der sehr alten[1]), im Edict versprochenen doli mali exceptio. Ihr von Gai. 4, 116 bezeugter Gebrauch in diesem Falle beweist, wie schon vorhin bemerkt (S. 112), daß der Kläger ex stipulatu nicht auch schon an sich zugleich die materielle causa debiti zu beweisen hatte. Die doli exceptio reichte aber für die Anwendung in diesem Falle auch aus, da mit Ausnahme seltener Fälle (oben S. 101), wenn die Stipulation wegen Darlehns und dessen Nichthinzahlung feststand, damit auch der Dolus des dennoch klagenden Gläubigers klar war. Diese Einrede und folglich auch die Nichtzahlung mußte aber, wie schon oben (S. 102) bemerkt, der Beklagte beweisen, wie bei der condictio indebiti soluti der das Gezahlte oder bei der condictio indebiti ex specialiter expressa causa promissi der die Befreiung fordernde Kläger (L. 25. §. 4 D. de prob. 22, 3 oben S. 110) oder im letzteren Falle, wenn der promissor aus seiner indebiti promissio in einer cautio belangt wurde und dagegen die doli exceptio vorschützte, auch wie in dem unserigen, der Beklagte. Denn — wird man gesagt haben — er hatte ja in seinem chirographum den materiellen Grund der Klage, den Empfang des Darlehns auch anerkannt, eine eben sowohl in der Vergangenheit liegende bestimmte Thatsache (se mutuum accepisse), wie es dort der Schuldgrund des speciell angegebenen debitum war. Allerdings war dieser Grund des dem Kläger vorgeworfenen Dolus eine reine Negative — pecuniam numeratam non esse — die ja in der Regel nicht bewiesen zu werden braucht, sondern den Gegner mit dem Beweise der Affirmative belastet (L. 23 C. de prob. 4, 19). Und für unsern Fall selbst sagten Diocletian und Maximian in L. 10 C. h. t. bei einem Vergleich der vom Beklagten behaupteten und zu beweisenden Schuldzahlung (asseveratio debitum solutum contendentis), welche dieser ohne Zeitbeschränkung beweisen könne, mit der von ihm eingewandten und den Kläger mit dem Beweise belastenden exceptio n. n. p., die auf eine Zeit beschränkt sei, zur Rechtfertigung dieses Unterschiedes:

> cum inter eum, qui factum adseverans, onus subiit (richtiger subit) probationis, et negantem numerationem, cuius naturali ratione probatio nulla est et ob hoc ad petitorem eius rei necessitatem transferentem magna sit differentia.

Dieses ist aber eine Aeußerung aus der Zeit des schon festgestellten besondern Rechts der exceptio n. n. p., die wir nicht berechtigt sind auf die Zeit vorher zu übertragen, außer insofern darin auch ein Motiv für dessen Einführung liegen mag, das aber sicher nicht das einzige sein konnte, da es doch auch sonst Fälle genug gibt, wo der eine Negative Behauptende sie auch beweisen muß, zumal da in jener ältern Zeit der bloßen doli exceptio aus diesem Grunde unsere Negative so sehr in die Affirmative des dem Kläger vorgeworfenen Dolus eingeschlossen war, daß man schwerlich dem Beklagten den Beweis derselben erließ. Dazu kommt, daß das

[1]) Vgl. über Multa und Sacramentum S. 423 Anm. 191. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIII. S. 326.

Digitized by Google

Chirographum nach den obigen Beispielen (S. 98) doch oft selbst nur dahin lautete, der Aussteller habe gesagt oder geschrieben, er habe das Mutuum empfangen, was zwar, wenn von den Zeugen eben so wie die Stipulation bewiesen, von der Anerkennung des Empfangs selbst (accepi) nicht wesentlich verschieden ist, aber als einen möglichen Irrthum, eine falsche Voraussetzung zulassend, um so mehr darauf hinwies, daß der Beklagte diese beweisen müsse. Denn allerdings ist für das in der dritten Person als historischer Vorgang Ausgedrückte der Urkunde Bruns in der Behauptung beizutreten, daß der Beweis dafür doch eigentlich in den darüber abzuhörenden Zeugen lag und nicht in der äußeren Unterschrift, die, wie die ganze äußere Urkunde in Wachsschrift leicht gefälscht und gefahrlos abgeläugnet werden konnte. Wir haben dafür als Römische Ansicht auch ein wichtiges Zeugniß von Cicero, der nicht blos Phil. 2, 38, 97 von den „Nachmachern von Chirographa" als etwas ganz Gewöhnlichem spricht, sondern auch in Beziehung auf seine ihm von Antonius vorgehaltenen Briefe sagt Phil. 2, 4, 8: Sed quid opponas tandem, si negem, me unquam istas litteras ad te misisse? quo me teste convincas? an chirographo? in quo habes scientiam quaestuosam. Qui possis? sunt enim librarii manu. Antonius mache also mit diesem Vorwurf seinem Lehrer in der Beredsamkeit keine Ehre. Quid est enim minus non dico oratoris, sed hominis, quam id obiicere adversario, quod ille si verbo negarit, longius progredi non possit, qui obiecerit?

Doch konnte ja auch das Chirographum auf Promission und Empfang des Darlehns in der ersten Person lauten, wie in dem Chirographum bei Paulus L. 40 D. de reb. cred. (12, 1), vgl. wegen des Empfangs mit Hervorhebung der Unterschrift des Schuldners L. 126. §. 2 D. de verb. obl. 45, 1 (oben S. 34. 98 Anm. 1) und wenn es auch nur in älterer Weise ein dixit se accepisse enthielt, war doch dessen Beweis durch die Urkundszeugen leicht erbracht und schon an sich bildete die Unterschrift doch ein schweres, mit der Länge der Zeit, während welcher die Urkunde beim Gläubiger blieb, sich steigerndes Hinderniß gegen den Aussteller, der mit dem Dolus seines Gläubigers auch den Nichtempfang beweisen sollte, wenn dieses auch unter Umständen, z. B. aus spätern Aeußerungen des Stipulator, der den Schuldner wegen der noch zu leistenden Hinzahlung vertröstet hatte, nicht unmöglich war. Dieser von ihm verlangte Beweis enthielt aber auch eine große Unbilligkeit, wenn man die ganze Art dieser Beweissicherung des Gläubigers näher erwägt.

In ihrer Natur lag es, einerseits den Darlehnsempfang — also der pecunia mutua accepta, nicht numeranda — als vernünftiger Weise nicht auszulassende und zugleich der Stipulation der Idee nach gleichzeitig inhärente materielle causa zu erwähnen[1]); andererseits aber auch der Darlehnszahlung in der Regel voran-

[1]) Daß jemals im gewöhnlichen Verkehrsleben auch nur die mündliche Stipulation, geschweige die schriftliche, deren Besitz der Gläubiger vor Allem verlangte, so, wie Unterholzner Schuldverh. I. S. 71 annimmt: centum, quae tibi numeraturus sum, mihi dare spondes? gelautet und dann erst mit der Zahlung Kraft erlangt hätte, ist nicht glaublich. Die von ihm nicht einmal angeführte verwandte Stipulation in L. 18. §. 3 D. de stipul. serv. (45, 3) ist ein Schulbeispiel. Die gewöhnliche Darlehnsstipulation könnte ihrer Natur nach wegen eines gegenwärtigen Vorgangs höchstens mit numero, die Geschehenes referierende schriftliche kann wie für die Stipulation so auch für die Hinzahlung nur mit

Digitized by Google

zugehen (oben S. 94), wie das Chirographum auch als in dieser Art üblich so oft in unsern Quellen beim Darlehn erwähnt wird, und in einzelnen berichteten Beispielen niemals anders vorkommt [1]). L. 9. §. 3 D. quod metus (4, 2). L. 4 D. quae res pignori (20, 3). L. 30 D. de reb. cred. (12, 1). L. 2. §. 3 D. de doli m. exc. (44, 4). L. 3. §. 4. L. 6 D. de SC. Maced. (14, 6). L. 19. §. 5 D. ad SC. Vellei. (16, 1). L. 4 C. de cond. ex lege (4, 9). L. 7 C. h. t. und so auch noch im Syrisch-Röm. Rechtsbuch §. 55 S. 17. Was also Justinian in L. 3 C. de dote cauta non num. (5, 15) in Beziehung auf diese Einrede sagt: In dotibus, quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, cum adhuc nulla datio sed pollicitatio tantum subsecuta sit — darf unbedenklich auch auf die Darlehnscautionen übertragen werden und was Horaz bezeugt (ep. 2, 1, 103 seq.): Romae dulce diu fuit et solenne — — cautos (nicht cavendos) nominibus certis expendere nummos hatte später nur hinsichtlich der besonderen dulcedo, nicht aber des solenne eine Aenderung erfahren. Schon damit legte diese Beweissicherung dem Schuldner, dem vielleicht doch nicht gezahlt wurde, sei es aus Unredlichkeit, Nachlässigkeit oder zufällig, ein unbegründetes Vertrauen und ungerechtes Risico auf, wenn es dabei blieb, daß die dem Gläubiger in die Hände gegebene, gegen ihn, den Schuldner, zeugende Anerkennung einer Verpflichtung, die doch im Augenblick in der Regel noch nicht bestand und vielleicht gar nicht eintrat, als so beweisend angesehen wurde, daß dem Schuldner dagegen nur der Beweis des Dolus zustände. Sie überschreitet außerdem in dieser ihrer letzten Gestalt als schriftliche cautio mit chirographum gleichsam ihren eigenen Zweck, nur die Zuverlässigkeit einer *Forderung* durch das eigene Zeugniß des Schuldners gegen sich zu sichern, zu dessen Nachtheil, indem sie *fast* selbst in eine dem Gläubiger gehörige, den Beweis der Forderung in sich tragende körperliche Sache zum Werthe des dem Schuldner zu gebenden Capitals überging [2]), woneben dem Gläubiger doch der Vortheil der ver-

---

Ausdrücken der Vergangenheit lauten, weil sie nur formaler Ausdruck des Consenses in das Mutuum als Realcontract ist. S. oben S. 13 Anm. 2. Aber als den Beweis der materiellen causa gegen den Schuldner sichernd, konnte sie schlechthin nur in der Vergangenheit und zwar passend auch nur mit der Bezeichnung des Empfangs und dadurch bewirkter Schuld ausgedrückt werden, weil nur der *geschehene* Empfang eine causa obligationis ist.

[1]) Natürlich ist mit der Voraussetzung des Chirographum vor der Zahlung des Darlehns nicht zu verwechseln, daß in dem Chirographum selbst zuerst der Empfang des Darlehns und darauf erst die Stipulation erwähnt sein konnte. Obgleich auch da, wie die Siebenbürger Urkunden zeigen, normal die Stipulation den Anfang machte (oben S. 97 ff.), so kommen doch, wie gelegentlich schon bemerkt worden, auch Beispiele des Gegentheils vor. Man vergleiche nur L. 40 D. h. t. L. 126. §. 2 D. de verb. obl. (45, 1).

[2]) Noch gesteigert erscheint diese Anschauung in einer Verordnung von Honorius (421) L. un. §. 3 Th. C. si certum pet. (2, 27), wonach, wenn der Gläubiger nicht erst nach 20 oder unter Abwesenden 30 Jahren aus dem Chirographum klagt, der seine Handschrift läugnende Schuldner sich die Sequestration der verschriebenen Darlehnssumme während dieses Processes über das Falsum gefallen lassen muß. Nach §. 1 derselben und nach einer Verordnung des folgenden Jahres L. un. Th. C. de pecun. sequestr. proh. (2, 28) scheint diese Sequestration früher allgemein gegolten zu haben — als wäre das streitige Chirographum das darin verschriebene Geld selbst. Verwandt ist, daß nach Sachau-Bruns Syrisch Röm. Rechtsbuch §. 97 S. 28 vgl. Arm. §. 131 S. 146 die Strafe des Drei-

Digitized by Google

mögensgeschäftlichen Forderung, vom Tragen der Gefahr des Untergangs der geliehenen Körper befreit zu sein, und in der Regel auch noch Zinsen dafür zu erheben blieb. Denn er konnte den Darlehnsschein verkaufen, vermachen u. s. w., so daß sich dieses auf die darin verschriebene Summe als Forderung selbst bezog (L. 44. §. 5. L. 84. §. 7 D. de leg. 1), und wurde er ihm entwandt oder widerrechtlich verlöscht, so hatte er wie wegen körperlicher Sachen die actio furti und legis Aquiliae auf das beziehungsweise doppelte Interesse wegen des Werthes nicht blos der Tafeln, sondern auch der darin verschriebenen Summe, falls ihm nicht zufällig andere Beweismittel zu Gebot standen. L. 27 pr. §§. 1. 3. L. 28. L. 32 pr. §. 1 D. de furt. (47, 2). L. 41 D. ad leg. Aquil. (9, 2). Daher auch dem Schuldner nach bezahlter Darlehnsschuld oder wenn er auf seine ausgestellte Urkunde kein Geld erhalten hatte, eine condictio auf Rückgabe der letzteren, deren Eigenthum sich nun ohne Grund beim Gläubiger befand, aber so, daß diese auch die dadurch verbriefte Obligation ergriff, zustand (L. 25 C. de solut. (8, 43). L. 7 C. h. t. L. 3 C. de postul. (2, 6). L. 4 C. de cond. ex lege (4, 9) vgl. Gneist S. 58), obgleich er im letzteren Falle, wenn der Gläubiger noch andere Beweismittel hatte, sicherer zugleich auf Acceptilation klagte. So konnte man selbst die Zahlung des Darlehns als bloße Gegenleistung für die vorangegangene körperliche Hauptleistung, das ausgestellte Chirographum, auffassen, wie die Kaiser in L. 1. §. 4 Th. C. si cert. pet. (2, 27): sin vero suam quidem manum fateatur obnoxius, sed nihil sibi numeratum pro hac obligatione caussetur. Endlich wurde die Unbilligkeit des dem Schuldner nur in der doli exceptio gegen sein Chirographum zu führen offen gelassenen Gegenbeweises noch dadurch wesentlich gesteigert, daß einerseits das Darlehn nicht, wie die Sachcontracte, nur durch ein bestimmtes Factum, die Tradition der Sachen, welches der Beweis des Nichtgeschehens hätte ins Auge fassen mögen, wie bei der condictio indebiti soluti oder promissi das Nichtbestehen der bezahlten oder cavierten Schuld, sondern als Vermögensgeschäft, wie oben gezeigt, auf vielfach andere Weise zu Stande kommen konnte, wonach von dieser Negative wohl gesagt werden mochte, cuius naturali ratione probatio nulla est — denn Eideszuschiebung an einen Gegner, dem er Dolus vorwarf, wäre sie zwecks des Beweises in stricten Klagen damals auch schon zulässig gewesen, konnte dem Schuldner nicht zugemuthet werden und gerade im Gegensatz dazu erwähnt diese später wohl Paulus als bei der condictio indebiti zulässig (L. 25. §. 3 D. de prob. (22, 3) — andererseits beim Mutuum selbst dessen übrige Beweissicherungen doch immer zugleich die materielle Seite des Contracts ergriffen. Denn bediente sich Gläubiger dazu, auch

---

sachen (des gepfändeten Objects) wegen eigenmächtiger Pfändung (anstatt der des decretum D. Marci) den Leihgeber nur trifft, wenn er ohne Pfänder oder einen χάρτης der Anerkennung (Chirographum) empfangen zu haben, sondern nur auf πίστις lieh. Der, welcher sich ein Chirographum geben ließ, stand also, als gleichsam auch noch dinglich gedeckt, dem creditor pignoratitius darin gleich, daß er das Darlehn nicht als reines Geschäft des Vertrauens geschlossen hatte, dessen Täuschung durch die Eigenmächtigkeit allein eine solche schärfere Strafe verdiente. Diesen Gesichtspunkt der uns bisher unbekannten Verordnung wohl aus dem 5. Jahrhundert verkennt Bruns S. 272 ff. Die in der Regel geringere Strafe des decretum D. Marci (Verlust der Forderung) fiel natürlich weg, wenn der Schuldner diese schärfere wählte.

Digitized by Google

vom arcarium nomen abgesehen, der Transscriptionen in Hausbüchern Anderer, so galten diese auf jene pararii und von ihnen wieder auf ihn nach richtiger Meinung [1]) nur, wenn der transscribierte Posten auch wirklich geschuldet war, was er also mit beweisen mußte; wenn aber des scribere in den Rechnungen der Wechsler, so fand ein solches nach ihrer durch Gesetze und öffentliche Controle gewährleisteten fides publica immer nur bei wirklicher Zahlung im Auftrage des Darlehngebers Statt (L. 9. §. 2. L. 10. §. 1 D. de edendo (2, 13). L. 1. §. 9. L. 2 D. de off. praef. urbi 1, 12); endlich wurden zu blos mündlich stipulierten Darlehnen die Zeugen natürlich auch zur Zahlung zugezogen.

Diese Natur der Griechischen Beweissicherung durch Chirographum mochte schon die Bedenken der an der alt Römischen festhaltenden Juristen hervorrufen; sie mußte jedenfalls frühzeitig zu einer Beschwerde der Schuldner führen, wenn ihnen im Falle geläugneten Empfangs des Darlehns durch das bloße Darbieten der doli exceptio der Beweis nicht blos der wegen eines Darlehns geschlossenen Stipulation — dazu half freilich schon das Chirographum selbst — sondern auch gegen dieses der des Nichtempfangs des Darlehns zugemuthet wurde, und vielleicht gestand ihnen mancher von dieser Unbilligkeit durchdrungene Richter schon bei dieser Einrede selbst die umgekehrte Beweisauflage an den Kläger mit Absehn von dem urkundlichen Empfangsbekenntnisse zu, so daß der Beweis des Dolus schon in dem Mißlingen jenes klägerischen Beweises gesehen werden sollte. Eben so bei der condictio chirographi aus diesem Grunde. Allein wirklich gesichert war der Promittent nur, wenn ihm statt der doli exceptio des Edicts vom Prätor nach Analogie der wenigen Fälle, wo dieses kraft besonderer causae cognitio geschah, stets eine exceptio in factum oder n. n. p. gegeben wurde (oben S. 101), wo schon diese negative Form derselben nach präsumtiver Absicht des Prätors ihn eben so, wie z. B. den Kläger mit der hypothecaria actio hinsichtlich des pecuniam solutam non esse vor der Nothwendigkeit *seines* Beweises des Nichtempfangs schützte. Aber schlechthin d. h. ohne causae cognitio konnte eine Einrede mit diesem Beweisrecht unmöglich bewilligt werden, wenn man bedenkt, daß der Ablauf längerer Zeit, während deren der Beklagte die Urkunde über ein Darlehn, dessen man ja in der Regel bald bedürftig ist, ohne Geld empfangen zu haben und ohne Beschwerde deshalb in den Händen des Gläubigers gelassen hatte, die dringendste Vermuthung der Wahrheit seines schriftlichen Empfangsbekenntnisses und seines jetzigen blos chicanösen Läugnens gegen den ersteren begründete, ja sein anfänglich wegen der Sitte der anticipierten Ausstellung noch unsicheres Empfangsbekenntniß nun als nachträglich von ihm selbst gebilligt und beglaubigt erscheinen ließ — temporis spatio gesto negotio consensum ac fidem accommodasti, wie davon

---

[1]) Vgl. über die Streitfrage Schlesinger Formalcontr. S. 65. Das schlagendste Argument dafür, daß die Transscription nicht, wie die Stipulation, ihre verpflichtende causa in sich selbst trug, liegt schon in dem nomen arcarium, welches sonst wie das stipulierte wirkliche Darlehn auch eine litterarum obligatio hätte machen müssen. Vielmehr führte die expensilatio nur, wie der Name sagt, eine anderweitige Geldschuld in dem Interesse stricte Geldforderungen für die klare Uebersicht des Vermögens zu haben, auf ein fingiertes Darlehn (expensum) zurück. Daher wird auch die Eintragung einer eigenen Stipulationsforderung keine litterarum obligatio bewirkt haben.

Digitized by Google

Gordian in L. 3 C. de postul. (2, 6) sagt. So spitzte sich bei Abwägung der für die eine und die andere Partei sprechenden Billigkeitsgründe Alles auf die Frage der Zeit zu, wie lange — ob multum temporis pr. I. de litt. obl. (S. 102) — der Promittent die Urkunde dem Gläubiger belassen und wie er sich zu ihm während dieser Zeit verhalten habe. Die legislative Antwort darauf gab vielleicht zuerst der Prätor durch seine Praxis, dann aber bei einer für den Verkehr so wichtigen Sache, um alle Schwankungen auszuschließen und wie es für solches außerordentliches Recht an sich natürlich war, eine mit Gesetzeskraft versehene Rechtsquelle mit dem uns aus Rescripten der mittleren Kaiserzeit bekannten Inhalt, wahrscheinlich kaiserliche Constitutionen (vgl. das secundum leges in L. 4 C. ne fisc. v. resp. (2, 18) und das legibus definitum oder legitimum tempus in L. 8 C. h. t.), auf welche allein auch tit. I. de litter. obl. sich beruft. War aber die so qualificierte Aenderung in der Beweislast für die causa cognita gegebene exceptio n. n. p. festgestellt, dann lag es in der Consequenz, sie auch auf die doli exceptio aus diesem Grunde zu erstrecken, welches Recht auch schon unter Severus und Antoninus galt L. 3 C. h. t. Der neue Beweisrechtssatz erweiterte nehmlich seinem Grunde nach den Umfang des klägerischen Unrechts von dem Klagen ohne Hinzahlung überhaupt zu dem Klagen aus dem Chirographum, ohne daß der Kläger der Ordnung gemäß alsbald nach Ausstellung desselben (tum cum cavebatur, wie es mit Hindeutung darauf in L. 5 C. h. t. heißt) gezahlt hatte, womit auch der Einwand gegen eine neue scheinbare Unbilligkeit jenes Satzes: der Kläger, der sich auf das Bekenntniß verlassen hatte, sei nun zu einem andern Beweise nicht vorbereitet, wegfiel; denn bei ordnungsmäßigem Verfahren hätte er ja das Mittel dafür in den Urkundszeugen selbst gehabt. So wird nun auch Justinians Ausspruch von der exceptio n. n. p. in Nov. 100 c. 1 vollkommen verständlich: die Zeit (die Verzögerung) gebe sie (nehmlich die verzögerte Hingabe des Darlehns nach der Ausstellung des Chirographum) und nehme sie (nehmlich die zu lange Belassung des Chirographum in den Händen des Gläubigers ohne Querel).

Diese nach der Natur der Sache wahrscheinliche Entstehungsgeschichte der querela n. n. p. erklärt es denn auch, warum Gaius in seinen Institutionen, die sich mit Beweisfragen und außerordentlichem Recht überhaupt nicht befassen, nur die doli exceptio des Edicts erwähnt und Justinian in seine Pandekten keine Aeußerungen der Römischen Juristen über ihren Inhalt aufgenommen hat, nachdem schon sein Codex die nöthigen kaiserlichen Rescripte darüber enthielt. Das ganze neue Recht der Einrede bestand nicht blos, wie man oft angenommen hat, blos in Einführung einer Verjährung derselben — dieses war nur die hauptsächlichere Seite desselben, die deshalb auch Justinian im Tit. I. de litter. obl. allein hervorhebt — sondern in zwei Momenten in unauflöslichem Zusammenhange mit einander: dem rein processualen der veränderten Beweislast (zu Gunsten des Schuldners) und dem processual materiellen der Beschränkung der Querel und folglich auch der Einrede auf eine gewisse Zeit (zu Gunsten des Gläubigers)[1]).

[1]) Nicht anders steht es mit der s. g. querela et exceptio dotis cautae sed non numeratae, welche die seit Gneist (§. 5 S. 32 ff.) herrschende Lehre erst von Justinian auf eine gewisse Zeitdauer beschränkt sein läßt. Das Gegentheil, daß sie nehmlich schon vorher auf 5 Jahr nach Eingehung der Ehe beschränkt war, die hier eben so wie bei der querela

Digitized by Google

Theils überließen nun die classischen Römischen Juristen Fragen über die Beweislast, die an sich, wie die Mora, mehr factischer als juristischer Art sind, überhaupt im Ganzen überwiegend der Praxis — die Erörterung des Paulus über die gewiß einst sehr bestrittene Beweislast bei der condictio indebiti ist eine seltene Ausnahme, neben welcher man z. B. über den Beweis bei der s. g. exceptio non impleti und non rite impleti contractus gesetzliche Bestimmungen oft schmerzlich vermißt hat — theils mochten solche Erörterungen, wenn sie vorkamen, zu genau mit der anfangs bestimmten Jahresfrist zusammenhängen, die hier sich nicht blos wie beim gewöhnlichen annus utilis des Edicts auf die Möglichkeit den Prätor anzugehen, sondern wie anscheinend auch bei der annalis exceptio Italici contractus (vgl. darüber L. 1 pr. C. de ann. exc. Ital. 7, 40)[1] vor Allem auf das Verhalten des Promittenten gegen den Gläubiger sich bezog, als daß man sie ohne starke Aenderungen und mit Nutzen hätte aufnehmen können.

Nach diesem Ursprunge der exceptio n. n. p. ist sie nun — was die neuern Darstellungen übersehen — eine außerordentliche Einrede, d. h. die der Prätor nach Gai. 4, 118 nicht nach seinem Edict, wie die meisten Einreden, auch die ge-

---

n. n. p. aus einem ältern s. g. annus utilis entstanden sein werden, ergibt klar das Syrisch Röm. Rechtsbuch §. 126 P. 46 b. Ar. 57, auch hier freilich von Bruns S. 292 ff. völlig verkannt. So scheint erst Justinians L. 3 C. de dote cauta (5, 15) damit, daß sie die exceptio nur bis zu einem Jahr nach Auflösung der Ehe gab, so gemeint gewesen und verstanden worden zu sein, daß sie als Querel auch während der ganzen Ehedauer zustehe. Vgl. Nov. 100 praef. Die Billigkeit der Querel beruhte hier übrigens in etwas ganz Anderem als bei der exceptio n. n. p. — in der Sitte, durch Erwähnung der bestellten Dos in der Heirathsurkunde bei Eingehung der Ehe die Absicht einer solchen im Gegensatz zu einer minder ehrenhaften Geschlechtsverbindung außer Zweifel zu stellen (weshalb im gedachten Rechtsbuche sogar gleichsam zwei verschiedene Ehen mit und ohne verschriebene Dos unterschieden werden), während der Anstand erforderte, die wirkliche Bestellung erst nachher in Anregung zu bringen. Jene bloße Erwähnung in den Dotalinstrumenten war also durchaus noch kein Beweis für eine wirklich bestellte Dos. War nun freilich die Dos in jener auch vom Manne unterschriebenen Urkunde als ihm schon bestellt (data, sei es auch nur durch Versprechen) erwähnt, vielleicht auch mit Rückgabeversprechen des Mannes, so überführte und verpflichtete dieses formell auch den Mann, aber nur so wie das chirographum über das vom Schuldner angeblich empfangene Darlehn, und er oder sein Erbe konnte also mit einstweilen noch umgekehrter Beweislast in derselben Zeit sich auch über nicht wirklich empfangene d. h. ihm bestellte Dos beschweren, durch exceptio freilich nur, wenn die Ehe innerhalb derselben Zeit wieder aufgelöst war und er auf Rückgabe der Dos belangt wurde. Eine Denuntiation (Nov. 100 c. 2) konnte aber auch hier diese Einrede perpetuieren. Nur eine condictio auf Rückgabe der Urkunde wird hier nicht erwähnt, weil diese ja in der Regel auch noch Anderes enthielt. Die Justinianischen Aenderungen der Zeit der Querel sind bekannt.

[1]) Es liegt zu weit ab, hier auf den wahrscheinlichen Inhalt dieser ähnlichen Einrede einzugehen. Nur darauf möge aufmerksam gemacht werden, daß wenn nach L. 1 pr. C. cit. damals Manche sie bis zu höchstens fünf (Andere bis zu zehn) Jahren erstreckten, sie sich dafür wohl auf Diocletians Verordnung über die Zeitdauer der querela n. n. p. beriefen, während Justinians Beschränkung der letzteren, die ja ursprünglich dem Kläger einen Dolus vorwarf, sich wohl Constantins Verordnung über die nur zweijährige Dauer der actio de dolo zum Muster nahm. L. 8 C. de dolo 2, 20 (21) = L. 1 Th. C. 2, 15.

Digitized by Google

wöhnliche doli exceptio selbst wegen stipulierten aber nicht empfangenen Darlehns[1]), sondern causa cognita ertheilte[2]), und das bestätigt die L. 9 C. h. t. nach ihrer richtigen Interpunction (oben S. 113). Denn danach muß der Beklagte, um sie zu erhalten, nach der klägerischen Edition der actio ex stipulatu ex chirographo, welche diese Einrede stets voraussetzt, und damit auch das Chirographum selbst, worauf L. 1. §§. 2—4 D. de edendo (2, 14) geht[3]) und womit für den Beklagten zugleich der Beweis erbracht ist, daß es sich um eine schriftliche Darlehnsstipulation handele, bei welcher als solcher das darin enthaltene eigenhändige Empfangs- und Schuldbekenntniß durch die bloße in der verlangten exceptio n. n. p. liegende Abläugnung des Beklagten seine Beweiskraft verliert, dem Prätor auch beweisen, daß die für die Einrede bestimmte Zeit, nehmlich nach Uebergabe des Chirographum an den Kläger, noch nicht abgelaufen sei, oder daß er innerhalb dieser Zeit sein Recht gegen den Kläger durch Protest wahrgenommen habe. Daraus geht zugleich hervor, daß der Beklagte mit dem Verlangen dieser Einrede schon von jeher die Aechtheit der Urkunde und damit die Wahrheit der in ihr enthaltenen Darlehnsstipulation anerkannte, mithin nicht beide Vertheidigungsmittel — Abläugnung des Klaggrundes durch die der Aechtheit der Urkunde und Querel des nicht empfangenen Geldes — cumulieren konnte, was auch später Rechtens blieb[4]). Bediente sich aber der Beklagte, gegen den kein Chirographum mit Empfangsbekenntniß ediert war, gleichviel ob ein solches nicht ausgestellt worden oder untergegangen oder verlegt war, der gewöhnlichen doli exceptio wegen nicht empfangenen Darlehns, so wurde ihm diese zwar ohne Weiteres und jederzeit gegeben, namentlich auch gegen die Klage aus blos mündlicher Stipulation, welche der Kläger z. B. durch Zeugen bewies; der Beklagte mußte dann aber auch den Dolus, d. h. daß es sich um eine Darlehnsstipulation handele und er dieses nicht empfangen habe, beweisen. Der Fall kam jetzt wohl noch seltener vor, als der, daß der Kläger erst vor dem Judex das inzwischen etwa verlegte Chirographum producierte. Ohne Zweifel nahm in diesem Falle die doli exceptio auch von selbst das Recht der exceptio n. n. p. an, d. h. der Beklagte war dann zwar auch vom Beweise der

---

[1]) Ich nenne sie die gewöhnliche im Gegensatz dazu, daß der Beklagte von vornherein oder nach der causae cognitio sich doch auch die exceptio doli aus dem Grunde der chirographo cauta non numerata pecunia geben lassen konnte, die dann aber blos formell von der exc. n. n. p. verschieden war. Diese ist in L. 3 C. h. t. gemeint. (S. 119).

[2]) Vgl. darüber Zeitschr. f. RG. XIII. S. 324. Recht der Public. Klage S. 85 ff.

[3]) Es würde kaum der Bemerkung bedürfen, daß das agere, petere, convenire ex chirographo, ex instrumento u. dgl. m., von welchem bei den Juristen und Kaisern der classischen Zeit so oft die Rede ist (vgl. Gneist S. 373 ff.) und welches man, allerdings irrig, oft darauf bezogen hat, daß ex chirographo auch den factischen Klaggrund, wie ex stipulatu, ex mutuo u. s. w. bezeichne, sich aus der prätorischen Vorschrift über die Edition nicht blos der actio, sondern auch der sie beweisenden instrumenta erkläre, wenn dieses nicht doch regelmäßig übersehen würde. Auch zum factischen Klaggrund wird es noch hinzugefügt, weil nach der prätorischen Vorschrift über die Edition bei Anstellung der Klage die petitio keine iusta sein würde. Paul. 5, 12, 11.

[4]) Nur weniger deutlich geht dieses auch aus Nov. 18. c. 8 und schon früher aus L. un. §§. 3. 4 Th. C. si cert. pet. (2, 27) hervor. Vgl. Heimbach Creditum S. 683 ff.

Digitized by Google

Negative befreit, er mußte aber dem Judex die noch laufende Zeit des annus (utilis) oder der Perpetuierung der sonstigen exceptio n. n. p. beweisen. Von der Edition der actio und des chirographum sagt Ulpian in L. 1. §. 2 cit. mit Beziehung auf das letztere: Editiones sine die et consule fieri debent, ne quid excogitetur e die et consule et praelato die fiat, was sich aber nicht auf den dies solutionis in dem instrumentum conscriptum, der, wie die Summe, Theil der nach §. 4 ganz zu edierenden Stipulation sei, noch auch auf die (Darlehns-) Klage aus Rechnungen (der Argentarien) beziehe, das heißt mit andern Worten, wie uns die Siebenbürgenschen Tafeln belehrt haben, so viel als, daß in der Regel nur die äußere, bis auf das in ihr weggelassene Datum mit der innern gleichlautende, Urkunde ediert werden solle, und läse man nach der Hand des zweiten Corrector der Florentina prolato statt praelato (was man von antedatierten falschen Verpfändungen derselben Sachen versteht und allerdings verstehen kann), so ließe sich das mit näherem Anschluß an den jetzt verhandelten Proceß auf ein falsificiertes angebliches Duplicat des Chirographum mit späterem Datum verstehen, wodurch der Beklagte sich den Beweis des Nichtablaufs der Zeit zu sichern suchte.

Diese außerordentliche Natur der exceptio n. n. p. in einem übrigens dem alten Civilrecht auch in der Form der exceptio angehörigen Processe, wonach sie materiell mit den kaiserlichen Verjährungspräscriptionen übereinstimmt, erklärt zunächst, daß bei ihr in unsern Quellen niemals (bei den Neuern freilich desto mehr) von Replikationen gegen sie die Rede ist; denn Einwände gegen sie kamen stets schon in der Cognition des Prätors zur Erwägung und führten, wenn bewiesen, zur Denegation derselben. Außerdem erklärt sich daraus auch, daß zwar vor Justinian, bis wohin noch jene formelle Seite vorhielt, nach Versäumniß der Querel innerhalb der gesetzlichen Zeit im Falle der stets im besondern Sinne außerordentlich behandelten Restitution wegen Minderjährigkeit, auch noch die gewöhnliche in integrum restitutio nachgesucht werden mußte, Justinian aber in L. 5. in quib. caus. in int. rest. 2, 40 (41) vorschrieb, daß die zwei Jahre der Einrede während der Minderjährigkeit schon von selbst nicht laufen sollten. Die gleichzeitige Erstreckung dieser Vorschrift auf die longi temporis praescriptio dient nur zum weiteren Beweise, daß die annalis exceptio Italici contractus als das Italische Vorbild und Seitenstück[1]) der den Provinzen angehörigen longi temporis praescriptio unserer doch eigentlich auch aus den Griechischen Provinzen stammenden exceptio n. n. p. in Natur und Geschichte nahe verwandt war.

3. Die veränderte Art förmlicher Urkunden in der spätern Kaiserzeit, zunächst für Verträge, unter denen die Stipulationen besonders bei Darlehnen die wichtigsten waren, konnte auf das Recht der Querel n. n. p. unmittelbar keinen wesentlich ändernden, jedenfalls keinen abschwächenden Einfluß ausüben. Schwerlich ist diese Veränderung, da auch die ältere Art der Abfassung solcher Urkunden von der Gesetzgebung bestimmt war (Paul. 5, 25, 6), nach der gewöhnlichen Annahme

[1]) Mit dieser Erweiterung, welche besonders auch die Stellung des Titels und der Inhalt der L. 1 pr. C. de annali exc. (7. 40) rechtfertigen, halte ich übrigens an der über diese Einrede im Recht des Nexum (1846) S. 187 geäußerten Ansicht auch nach den neuern Specialuntersuchungen von C. Sell und Danz fest.

Digitized by Google

blos durch Gewohnheitsrecht vorgegangen[1]) und der Gesetzgebungsact, der die neue Art zunächst nur der alten gleich setzte, nach Constantins Verordnung Fr. Vat. 249 (4. 5) vom J. 316, welche besonders in den Worten Tabulae igitur aut quodcunque aliud materiae genus tempus dabit sie schon voraussetzt, während in Diocletians L. 15 C. de adm. tut. (5, 37) von 287 und seinem Edict über die Preise der Lebensmittel von 301[2]) noch Spuren der alten vorkommen, wohl unter diesen Kaiser zu setzen, wonach man vermuthen darf, daß vielleicht selbst dieselbe Verordnung, wodurch Diocletian und Maximian zur festeren Begründung des Rechts der querela n. n. p. die fünfjährige Frist einführten, auch jene Veränderung traf. Sie knüpfte wohl ohne Zweifel daran an, daß der Beweisführer bisher schon meistens mit der äußern Urkunde seines Doppelinstruments auskam (vgl. S. 101) und es bedurfte in der That nur der Herübernahme des Datum in sie und einer bessern Beglaubigung ihrer Aechtheit durch die Wahl einer anderen Schreibweise als mit dem Griffel auf den leicht zu verfälschenden Wachstafeln, nehmlich durch einziehende Dinte auf Membranen, Papier oder sonstiger Charta irgendwelcher Art, wie sich deren die sorgfältigeren Argentarien für ihre Rechnungen längst bedienten (L. 10. §. 2 D. de edendo 2, 13), um die unbequeme versiegelte innere Urkunde auch für den strengen Beweis ohne zu großen Nachtheil für die Sicherheit des Verkehrs (wie man wenigstens hoffte, darin aber wohl sich täuschte) ganz abwerfen zu können. Natürlich mußte die bisherige subscriptio des Schuldners, ehemals neben dem die innere Urkunde mit verschließenden Siegel, welches nun, wie die Siegel der Zeugen wegblieb oder doch gleichgültig wurde, jetzt[3]) noch eine weit größere Bedeutung für den Gläubiger erhalten. Bedurfte zwar ihre bestrittene Aechtheit selbst immer noch des Beweises (hoc enim toto iure cantatum est, ut scripturam prolator affirmet L. 1. §. 1 Th. C. si cert. pet. 2, 17), wie dieses auch noch im Justinianischen Rechte gilt (Nov. 18 c. 8), so war sie es doch nun zunächst, woraus der Kläger, auch abgesehen von

---

[1]) Allerdings drang gegen die Mitte der Kaiserzeit die Form schriftlicher unfeierlicher Willenserklärungen, d. h. bei denen man es nicht auf Sicherung eines vollkommenen Beweises abgesehen hatte, immer mehr auch in das Gebiet wichtiger Rechtsgeschäfte ein, wie man schon daraus erkennt, daß die poena falsi auch auf Fälschungen solcher, quae sine consignatione fiunt, ausgedehnt wurde (Paulus und Marcian L. 1. §. 4. L. 16 D. de lege Corn. 48, 10). Diese Gewohnheit war aber nur die Veranlassung für ihr Verhältniß zu den ältern förmlichen Urkunden gesetzliche Bestimmungen zu treffen.

[2]) Hier heißt es nach Mommsens Ausgabe VIII. 41 Tabellioni in scriptura libelli vel tabularum versibus no. centum ✱ [XXV]. Die libelli dürfen nicht etwa auf die neue Art der Urkunden bezogen werden, sie werden als Werk der Tabellionen schon von Ulpian (L. 9. §. 4 D. de poenis (48, 19) dem testationes consignare, wie hier den tabulae entgegengesetzt, und sind darunter Eingaben an die Behörden und andere Parteischriften zu verstehen. Vgl. Bethmann-Hollweg Röm. Civilproc. III. S. 169.

[3]) Bruns, dessen geschichtliche Darstellung in der oben S. 100 angeführten Abhandlung mehrfach abweicht, nimmt (S. 125) diesen Erfolg erst für die spätere Zeit Justinians an. Bezeichnend für das Ende dieser Entwicklung ist jedenfalls, daß, wie Brunner (Zur Rechtsgeschichte der Röm. und Germ. Urk. S. 224 ff. vgl. auch Loth. Seuffert Zur Gesch. der oblig. Vertr. S. 33) nachweist, in den Fränkischen Urkunden des frühern Mittelalters das Vollziehen der Vertragsurkunden durch Unterschrift geradezu stipulatio genannt wurde.

Digitized by Google

Zeugen, den Grund seiner Klage nach dem vom Schuldner durch seine Unterschrift anerkannten Inhalt der Urkunde bewies. Doch blieben die Momente, worauf die exceptio n. n. p. beruhte, davon unberührt und verstärkten sich eher, weil ja Alles nun mehr auf das objectiv sächliche Beweismittel der dem Gläubiger zugestellten fertigen und bleibenden Schrift als auf das persönliche der Zeugen, die nur gelegentlich auch das Schreiben des Schuldners und was nach Inhalt der Urkunde geschehen war, gesehen oder gehört haben und nun überhaupt entbehrt werden konnten, ankam. So heißt es nun in der Verordnung von Justinus L. 13 C. h. t. über die in einer Schuldurkunde angegebene praecedens causa debiti (also nicht wegen Darlehns) nicht mehr blos, wie in ihrem Vorbilde, der L. 25. §. 4 D. de prob. (22, 3), (oben S. 108. 112), der Schuldner müsse suis confessionibus acquiescere, sondern es wird dieses nun als ein Zeugniß wider sich selbst aufgefaßt, tritt gleichsam an die Stelle der frühern Zeugen: nimis enim indignum esse iudicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est (in der Schrift gleichsam wie in einer Aussage vor und mit andern Zeugen erklärt hat), id in eundem casum (jetzt nur im Proceß) infirmare testimonioque proprio resistere. In die Schrift war ja übergegangen, was bisher die Zeugen geleistet hatten. Schon früher in einer Verordnung der Kaiser vom J. 371 (L. 3 Th. C. de denunt. 2, 4), welche, cum quis ad luendum debitum evidenti chirographo convenitur, die Denuntiation erläßt, heißt evidens chirographum offenbar ein stricter (einseitiger) Schuldschein von unbestrittener aus ihm selbst ersichtlicher Aechtheit der Unterschrift. In einer andern von Justinian ebenfalls nicht aufgenommenen[1]) vom J. 421 (L. un. Th. C. si cert. pet. de chirogr. 2, 27), welche das Beweisverfahren in Klagen aus Darlehnschirographa hinsichtlich der Aechtheit der Urkunde ausführlich regelt, wird bei Chirographa eines Verstorbenen, die nach ihr nur noch innerhalb 2 resp. 5 Jahren klagbar bleiben sollen, wie es scheint mit Absehen von einer exceptio n. n. p., vor Allem der Beweis der manus defuncti gefordert, und zwar durch Handschriften-Vergleichung (wovon nun zuerst die Rede ist), aber daneben auch durch seine nachgewiesene Anerkennung der Schuld bei Lebzeiten oder Indicien, die die Veranlassung und wirkliche Leistung des Darlehns an ihn bekunden; bei denen eines noch Lebenden aber von dem Unterschiede, ob er seine Hand anerkennt oder abläugnet, ausgegangen, in welchem letzteren Falle aber die streitige und als ächt zu beweisende Unterschrift doch in der Regel schon die einstweilige Sequestration des Geldes zur Folge haben soll; für die Zukunft endlich wird wegen der Schwierigkeit die Aechtheit alter Urkunden zu constatieren, Erneuerung derselben innerhalb 12 Jahren für ihre Gültigkeit vorgeschrieben. Wie man sieht, ist von Zeugen bei Abfassung der Urkunde jetzt eben so gar nicht mehr, wie zur Zeit der alten tabulae consignatae (L. 32. §. 1 D. de furt. 47, 2 oben S. 98) allein von solchen die Rede, und die Entgegensetzung neque testibus credita pecunia probaretur, neque cautionibus quae inserta sunt, doceantur schon in der L. 3 Th. C. de fisci debit. (10, 16) von 377 so wie die Leonische Verordnung über s. g. pignora quasi publica L. 11 C. qui pot. 8, 17 (472) zeigen vollends,

[1]) Damit war sie, wenn nicht schon früher wieder aufgehoben, von selbst antiquiert. Heimbach Creditum S. 652—556. 659 meint, daß Justinian sie ausdrücklich aufgehoben habe, und faßt auch ihren Inhalt mehrfach anders auf, was uns aber hier nicht interessiert.

Digitized by Google

daß auch Chirographa über Darlehne längst nicht mehr regelmäßig vor Zeugen gemacht wurden, wenn aber doch, die zugezogenen Zeugen jetzt hauptsächlich nur noch für die Verification des Datum eine Bedeutung haben sollten. Justinian fand sich daher veranlaßt, für Chirographa über große Darlehne wegen der großen Unsicherheit des Aechtheitsbeweises zeugenloser Urkunden aus der bloßen Vergleichung der Handschrift, die Zuziehung von drei Zeugen zu ihrer Abfassung als Bedingung ihrer Beweisfähigkeit vorzuschreiben L. 17 C. si cert. pet. (4, 2).

Eine zunächst mehr theoretische als praktische weitere Folge dieser vergrößerten Gewichtlegung auf die Schrift des Ausstellers solcher Darlehnsurkunden war es, daß man nun den Ausspruch des Paulus im 3. Buch zum Edict L. 38 D. de obl. et act. (44, 7) in diesem Sinne verstehend [1]), die Urkunde selbst nicht mehr blos als Beweis der Stipulation für eine bisher, wenn man genau sprach, so zu nennende actio ex stipulatu ex chirographo (L. 17 pr. D. de doli exc. (44, 4) vgl. 45 D. sol. matr. 24, 3), sondern, wie schon die Titelüberschrift des Th. C. si certum petatur de chirographis zeigt, mit Absehen von dieser Vermittelung, die man wenigstens nur künstlich hineinbringen könnte, als unmittelbar die Obligation schaffend, betrachtete. Denn war das persönliche Element der Zeugen, welche das für die Stipulation Nothwendige, die Gegenwart der Parteien und was sie gethan, bekunden sollten, weggefallen und in die Schrift als sie vertretend übergegangen, so lag es nahe, auch die Stipulationsangabe selbst in Darlehnsurkunden, welche ja daneben ein materielles Verpflichtungsmoment wie die alten nomina transcriptitia a re in personam enthielten [2]), als irrelevant zu betrachten und konnte hier sehr leicht jenes sächliche Element des vom Schuldner geschriebenen Bekenntnisses auch materiell eingetretener Verpflichtung als eben so obligierend erscheinen, um so mehr als die Gesetzgebung nach abgelaufener Zeit der Querel es mit der Fiction unumstößlicher Wahrheit ausgestattet hatte. Das allmähliche Uebergehn aus der dritten Person (stipulatus est — promisit — accepisse se dixit) in die erste auf den Schuldner als Schreiber hinweisende (scripsi me accepisse,

---

[1]) Non figura litterarum, sed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur: quatenus placuit, non minus valere quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur. Paulus, der in diesem Buch von der Edition handelte, mag mit diesem Satze in Beziehung auf Chirographa, deren innere und damit die ganze Urkunde der Kläger und Ebent für den Beweis vor dem Judex behielt (vgl. oben S. 101 ff.), gerechtfertigt haben, daß der Kläger der Vorschrift des Prätors sie als seinen Klagbeweisgrund zu edieren auch nachkomme, wenn er nicht sie selbst, sondern eine von der äußeren im Auftrage des Beklagten gemachte oder sonst beglaubigte Abschrift ediere: figura litterarum ging da im Gegensatz zur Abschrift auf die besondere Gestalt der Buchstaben in der Originalurkunde der der mündlichen in der Gültigkeit gleichgesetzten schriftlichen Stipulation. (Andere Erklärungsversuche s. bei Glück Pand. XII. S. 148. Sintenis in den Sellschen Jahrb. I. S. 264. Heimbach Creditum S. 321.) In den Titel de obligationibus gestellt, erhält der Ausspruch aber nothwendig einen andern Sinn, nehmlich den allgemeinen, daß eine gültige Obligation ebensowohl durch Schrift als durch mündliche Rede (oratio) bewirkt werden könne.

[2]) Die Anlehnung an diese erkennt man daraus, daß vor Justinian, wie später noch hervorgehoben werden wird, die neue litterarum obligatio eigentlich nur bei pecuniae angenommen wurde. Doch mochte diese Beschränkung streitig sein.

Digitized by Google

Zeugen, den Grund seiner Klage nach dem vom Schuldner durch seine Unterschrift anerkannten Inhalt der Urkunde bewies. Doch blieben die Momente, worauf die exceptio n. n. p. beruhte, davon unberührt und verstärkten sich eher, weil ja Alles nun mehr auf das objectiv sächliche Beweismittel der dem Gläubiger zugestellten fertigen und bleibenden Schrift als auf das persönliche der Zeugen, die nur gelegentlich auch das Schreiben des Schuldners und was nach Inhalt der Urkunde geschehen war, gesehen oder gehört haben und nun überhaupt entbehrt werden konnten, ankam. So heißt es nun in der Verordnung von Justinus L. 13 C. h. t. über die in einer Schuldurkunde angegebene praecedens causa debiti (also nicht wegen Darlehns) nicht mehr blos, wie in ihrem Vorbilde, der L. 25. §. 4 D. de prob. (22, 3), (oben S. 108. 112), der Schuldner müsse suis confessionibus acquiescere, sondern es wird dieses nun als ein Zeugniß wider sich selbst aufgefaßt, tritt gleichsam an die Stelle der frühern Zeugen: nimis enim indignum esse iudicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est (in der Schrift gleichsam wie in einer Aussage vor und mit andern Zeugen erklärt hat), id in eundem casum (jetzt nur im Proceß) infirmare testimonioque proprio resistere. In die Schrift war ja übergegangen, was bisher die Zeugen geleistet hatten. Schon früher in einer Verordnung der Kaiser vom J. 371 (L. 3 Th. C. de denunt. 2, 4), welche, cum quis ad luendum debitum evidenti chirographo convenitur, die Denuntiation erläßt, heißt evidens chirographum offenbar ein stricter (einseitiger) Schuldschein von unbestrittener aus ihm selbst ersichtlicher Aechtheit der Unterschrift. In einer andern von Justinian ebenfalls nicht aufgenommenen[1]) vom J. 421 (L. un. Th. C. si cert. pet. de chirogr. 2, 27), welche das Beweisverfahren in Klagen aus Darlehnschirographa hinsichtlich der Aechtheit der Urkunde ausführlich regelt, wird bei Chirographa eines Verstorbenen, die nach ihr nur noch innerhalb 2 resp. 5 Jahren klagbar bleiben sollen, wie es scheint mit Absehen von einer exceptio n. n. p., vor Allem der Beweis der manus defuncti gefordert, und zwar durch Handschriften-Vergleichung (wovon nun zuerst die Rede ist), aber daneben auch durch seine nachgewiesene Anerkennung der Schuld bei Lebzeiten oder Indicien, die die Veranlassung und wirkliche Leistung des Darlehns an ihn bekunden; bei denen eines noch Lebenden aber von dem Unterschiede, ob er seine Hand anerkennt oder abläugnet, ausgegangen, in welchem letzteren Falle aber die streitige und als ächt zu beweisende Unterschrift doch in der Regel schon die einstweilige Sequestration des Geldes zur Folge haben soll; für die Zukunft endlich wird wegen der Schwierigkeit die Aechtheit alter Urkunden zu constatieren, Erneuerung derselben innerhalb 12 Jahren für ihre Gültigkeit vorgeschrieben. Wie man sieht, ist von Zeugen bei Abfassung der Urkunde jetzt eben so gar nicht mehr, wie zur Zeit der alten tabulae consignatae (L. 32. §. 1 D. de furt. 47, 2 oben S. 98) allein von solchen die Rede, und die Entgegensetzung neque testibus credita pecunia probaretur, neque cautionibus quae inserta sunt, doceantur schon in der L. 3 Th. C. de fisci debit. (10, 16) von 377 so wie die Leonische Verordnung über s. g. pignora quasi publica L. 11 C. qui pot. 8, 17 (472) zeigen vollends,

[1]) Damit war sie, wenn nicht schon früher wieder aufgehoben, von selbst antiquiert. Heimbach Creditum S. 652—556. 659 meint, daß Justinian sie ausdrücklich aufgehoben habe, und faßt auch ihren Inhalt mehrfach anders auf, was uns aber hier nicht interessiert.

Digitized by Google

daß auch Chirographa über Darlehne längst nicht mehr regelmäßig vor Zeugen gemacht wurden, wenn aber doch, die zugezogenen Zeugen jetzt hauptsächlich nur noch für die Verification des Datum eine Bedeutung haben sollten. Justinian fand sich daher veranlaßt, für Chirographa über große Darlehne wegen der großen Unsicherheit des Aechtheitsbeweises zeugenloser Urkunden aus der bloßen Vergleichung der Handschrift, die Zuziehung von drei Zeugen zu ihrer Abfassung als Bedingung ihrer Beweisfähigkeit vorzuschreiben L. 17 C. si cert. pet. (4, 2).

Eine zunächst mehr theoretische als praktische weitere Folge dieser vergrößerten Gewichtlegung auf die Schrift des Ausstellers solcher Darlehnsurkunden war es, daß man nun den Ausspruch des Paulus im 3. Buch zum Edict L. 38 D. de obl. et act. (44, 7) in diesem Sinne verstehend [1]), die Urkunde selbst nicht mehr blos als Beweis der Stipulation für eine bisher, wenn man genau sprach, so zu nennende actio ex stipulatu ex chirographo (L. 17 pr. D. de doli exc. (44, 4) vgl. 45 D. sol. matr. 24, 3), sondern, wie schon die Titelüberschrift des Th. C. si certum petatur de chirographis zeigt, mit Absehen von dieser Vermittelung, die man wenigstens nur künstlich hineinbringen könnte, als unmittelbar die Obligation schaffend, betrachtete. Denn war das persönliche Element der Zeugen, welche das für die Stipulation Nothwendige, die Gegenwart der Parteien und was sie gethan, bekunden sollten, weggefallen und in die Schrift als sie vertretend übergegangen, so lag es nahe, auch die Stipulationsangabe selbst in Darlehnsurkunden, welche ja daneben ein materielles Verpflichtungsmoment wie die alten nomina transcriptitia a re in personam enthielten [2]), als irrelevant zu betrachten und konnte hier sehr leicht jenes sächliche Element des vom Schuldner geschriebenen Bekenntnisses auch materiell eingetretener Verpflichtung als eben so obligierend erscheinen, um so mehr als die Gesetzgebung nach abgelaufener Zeit der Querel es mit der Fiction unumstößlicher Wahrheit ausgestattet hatte. Das allmähliche Uebergehn aus der dritten Person (stipulatus est — promisit — accepisse se dixit) in die erste auf den Schuldner als Schreiber hinweisende (scripsi me accepisse,

---

[1]) Non figura litterarum, sed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur: quatenus placuit, non minus valere quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur. Paulus, der in diesem Buch von der Edition handelte, mag mit diesem Satze in Beziehung auf Chirographa, deren innere und damit die ganze Urkunde der Kläger und Edent für den Beweis vor dem Judex behielt (vgl. oben S. 101 ff.), gerechtfertigt haben, daß der Kläger der Vorschrift des Prätors sie als seinen Klagbeweisgrund zu edieren auch nachkomme, wenn er nicht sie selbst, sondern eine von der äußeren im Auftrage des Beklagten gemachte oder sonst beglaubigte Abschrift ediere: figura litterarum ging da im Gegensatz zur Abschrift auf die besondere Gestalt der Buchstaben in der Originalurkunde der der mündlichen in der Gültigkeit gleichgesetzten schriftlichen Stipulation. (Andere Erklärungsversuche s. bei Glück Pand. XII. S. 148. Sintenis in den Sellschen Jahrb. I. S. 264. Heimbach Creditum S. 321.) In den Titel de obligationibus gestellt, erhält der Ausspruch aber nothwendig einen andern Sinn, nehmlich den allgemeinen, daß eine gültige Obligation ebensowohl durch Schrift als durch mündliche Rede (oratio) bewirkt werden könne.

[2]) Die Anlehnung an diese erkennt man daraus, daß vor Justinian, wie später noch hervorgehoben werden wird, die neue litterarum obligatio eigentlich nur bei pecuniae angenommen wurde. Doch mochte diese Beschränkung streitig sein.

Digitized by Google

accepi), welches ſich ſchon in den ſpätern tabulae des dritten Jahrhunderts bemerklich macht, jetzt aber natürlich allgemein wurde und damit das Römiſche chirographum dem peregriniſchen litteris obligierenden bei Gai. 3, 134 ganz gleich machte, mußte unter gleichzeitiger Begünſtigung der Erſtreckung des Römiſchen Bürgerrechts auf alle Peregrinen, die hier ihre Verkehrsgewohnheiten nicht änderten, den Sieg dieſer Anſicht vollends entſcheiden. So nennt ſchon L. 6 Th. C. de denunt. (2, 4) von 406 die einer verbrieften Darlehnsſchuld proceſſualiſch hier gleichgeſtellte Novation einer ältern Schuld durch Chirographum eine litterarum obligatio[1]). In L. un. §. 4 Th. C. si cert. pet. (2, 27) von 421 wird aber auch die manus des Schuldners in wirklichen Darlehnsſcheinen ſelbſt als obligatio bezeichnet, ohne daß man ſieht, daß da auf eine in ihnen enthaltene Stipulationsclauſel irgend wie Gewicht gelegt würde; vielmehr zeigt der vorhin (S. 124) referierte übrige Inhalt dieſer Stelle, daß nach ihrer Anſchauung auch für den formalen Verpflichtungsgrund alles Gewicht in die anzunehmende Wahrheit des Darlehnsempfangsbekenntniſſes des Ausſtellers der Urkunde fällt. Juſtinian ferner gibt derſelben Auffaſſung im Tit. I. de litter. obl. 2, 21 (22) nur die in derſelben Richtung noch weiter gehende Wendung, daß er dieſe neue litterarum obligatio geradezu mit der querela n. n. p. in Verbindung ſetzt und ſcheinbar erſt dann annimmt, dum (debitor) queri non potest, d. h. nach Ablauf der für die Querel feſtgeſetzten Zeit, wo nur die ipso iure doch immer zu ihrer Zeit durch das Schreiben entſtandene Obligation auch als natürliche ganz unanfechtbar und jeder Gedanke an eine wirklich auch re entſtandene Obligation ausgeſchloſſen wird. Auch Theophilus in ſeiner Paraphraſe hält zwar an dieſer Beziehung feſt, läßt aber die nun wirklich nur durch die Schrift und nichts Anderes hier bewirkte Obligation in ihrem Verhältniß zum Verbalcontract in einer doppelten Folge des neuen Litteralcontracts noch deutlicher hervortreten. Obligierte nehmlich den Schuldner aus verbrieftem Darlehnsempfang nicht mehr das wenn auch nur fingiert geſprochene Wort, ſondern ſeine Handſchrift, ſo kam zuvörderſt nichts mehr auf Gegenwart der Parteien an, wie bei ſchriftlichen Stipulationen und ſo ſetzt auch Theophilus für dieſe litterarum obligatio ausdrücklich Abweſenheit der Parteien von einander beim Schreiben voraus. Wenn alſo die Urkunde einer Stipulation, ſei es unter gegenwärtigen Parteien oder durch einen gegenwärtigen Sclaven des Gläubigers gedachte, ſo mußte jetzt auch in Chirographa über Darlehn noch verborum obligatio angenommen werden, welche Annahme Juſtinian nur durch die bekannten weiter gehenden Präſumtionen in der L. 14 C. de contr. stip. (8, 38) §. 12 I. de inutil. stip. 3, 19 (20) noch mehr ſicherte. Außer dieſem Falle konnte nun hinſichtlich des Inhalts der Darlehnsurkunde für deren verpflichtende Kraft nicht mehr erforderlich ſcheinen, was bisher für die Annahme einer eingegangenen Stipulation erfordert war und für ſchriftliche Stipulationen in der Regel auch jetzt erforderlich blieb[2]),

---

[1]) In den Worten: Si quis debiti, quod vel ex fenore vel mutuo data pecunia sumsit exordium vel ex alio quolibet titulo in litterarum obligationem facta cautione translatum est —

[2]) Wie beſonders Juſtinians L. 4. §. 6 C. de receptis (2, 56), worin er ausnahmsweiſe für die Klagbarkeit der Schiedsſprüche deren Parteiunterſchrift mit bloßem ἐμμένειν oder πληροφορεῖν oder διδόναι ohne das ſonſtige ὁμολογῶ = spondeo für hin-

Digitized by Google

daß darin wenigſtens ſtand, der Gläubiger habe ſtipuliert (L. 11. §. 1 D. de duob. reis 45, 2) oder der Schuldner habe promittiert oder mit ſonſtigem Worte mündlich verſprochen (L. 134. §. 2 D. de verb. obl. (45, 1) L. 57 D. de don. int. vir. (24, 1). L. 1 C. de contrah. stip. (8, 38). §. 17 I. de inutil. stip. 3, 19 (20). §. 8. I. de fideiuss. 3, 20 (21). Paul. 5, 7, 2). Und auch das Fehlen einer ſolchen Stipulationsclauſel, oder daß doch die vorkommende wegen Abweſenheit des Gläubigers nichtig ſei, erfordert Theophilus ausdrücklich für die Annahme der litterarum obligatio. In den Inſtitutionen ſelbſt werden beide Erforderniſſe (Gegenwart und Stipulationsclauſel) kurz mit den Worten cessante

---

reichend erklärt, noch klarer beweiſt. Darauf hat auch ſchon Gneiſt S. 262 ff. aufmerkſam gemacht, obgleich er im Uebrigen mit den Aelteren die Geſchichte der Darlehnsſchuldſcheine vielfach verkennt. Ein Irrthum iſt es auch, wie ſchon Schleſinger Formalvertr. S. 75 bemerkt, daß ſpäter Leo in Nov. 72 das Erforderniß der Gegenwart der Parteien aufgehoben und jedem Schuldſcheine die Wirkungen der Stipulation beigelegt haben ſoll. Leo legte nur jedem ſchriftlichen Pactum, welches mit drei Kreuzen oder einer ſonſtigen Bezugnahme auf die Trinität abgefaßt war, volle einſeitig verpflichtende Kraft bei — eine von der Religion entlehnte neue Beſtärkungsart bloßer ſchriftlicher Verträge, welche der ſchon ältern durch chriſtlichen Eid in der ſpäter im Weſten gültig und wichtig gebliebenen L. 3 Th. C. de pactis (2, 9) vom J. 395 mit der Interpretatio entſprach, während, was Juſtinian Aehnliches für Schiedsverträge in L. 4. §§. 1. 2. 5 C. de receptis (2, 55) verordnet hatte, von ihm ſelbſt in Nov. 82 c. 11 wieder aufgehoben worden iſt. Auf die bloße Schrift hatten ſchon die älteren Juriſten das Gewicht ſo weit gelegt, daß ſie auch in dem Verſprechen in dem Briefe eines Ehegatten an den andern mit spondeo eine Stipulation erkannten (L. 57 D. de don. int. vir. (24, 1) vgl. L. 1 C. de contr. stip. 8, 38), und zu Juſtinians Zeit war nach des älteren Leo und ſeinen eigenen Verordnungen (L. 10 seq. C. de contr. stip. 8, 38), wie er ſelbſt in L. 4. §. 6 C. cit. andeutet, die Rückſicht auf die alte mündliche Stipulation bei ſchriftlicher ſtricter Verpflichtung faſt ganz aus dem Rechtsleben gewichen; auch Nov. 136 c. 4 bezeichnet ſie als eine λεπτότης. Wie es, in der That weit ſpäter als man bisher meiſtens annahm, dahin gekommen, daß nach heutigem gemeinen Recht in Deutſchland alle auch ganz formloſe obligatoriſche Verträge im Widerſpruch ſowohl mit dem ältern Germaniſchen wie dem Römiſchen Rechte, aber auch zum großen Nachtheil für den Verkehr als klagbar verpflichtend angeſehen werden, iſt ganz neuerlich in der trefflichen Schrift von Loth. Seuffert Zur Geſchichte der obligatoriſchen Verträge (1881) nachgewieſen worden. Hat dabei frühzeitig die Gewohnheit der Handelsgerichte neben andern Factoren mitgewirkt, ſo war doch faſt noch ſchlimmer die gleichſam compenſierende entgegengeſetzte Extravaganz der neuern Geſetzgebung, welche die Verpflichtung durch Wechſel, in der der Gebrauch dieſes Worts in ſchriftlichen Geldobligationen nicht blos, wie in den Römiſchen ſchriftlichen Stipulationen das Wort spondeo oder dergleichen, bei vorhandener causa eine wirkſame gewöhnliche Klage hervorbringt, ſondern auch ohne causa dem ſtrengen Wechſelproceß und dem ganzen complicierten Wechſelrecht unterwirft, von dem darin erfahrenen Kaufmannsſtande auf Jedermann ausdehnte und damit den Geldmächten eine gefährliche Waffe zur Ausbeutung Unverſtändiger in die Hand gab. Bei den großen Bedenken gegen eine bloße Abſchaffung der letzteren Ausdehnung bietet ſich hier dem neuen deutſchen Civilgeſetzbuch ein dankbares Feld dar, durch Rückkehr zu dem Römiſch-Deutſchen Contractsſyſtem, insbeſondere auch bei den Innominatcontracten, wo ſich das Particularrecht am längſten der Neuerung erwehrte, eine richtige unſern Culturzuſtänden entſprechende Mitte herzuſtellen.

Digitized by Google

scilicet verborum obligatione bezeichnet, welche da an die Stelle der Worte des Gai. 3, 134. ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat geſetzt ſind und alſo, wie dieſe allgemeiner, beſagen: wenn aber die Darlehnsurkunde eine und zwar wegen Gegenwart der Parteien gültige Stipulationsclauſel enthält, dann macht ſie einen Verbalcontract.

Dagegen mußte es nun darauf ankommen, daß die Urkunde das Bekenntniß des Darlehnsempfangs oder der Schuld daraus enthielt. Und dieſes beſtätigt ſchon Tit. I. de litter. obl. mit den Worten si quis debere se scripserit quod sibi non numeratum est, wo die Auslaſſung mutuum se accepisse et vor debere, welches aus dem folgenden non numeratum est verſtanden werden ſoll, nur unbeholfene Ausdrucksweiſe iſt, wie die vollſtändigere und deutlichere Paraphraſe des (wie die übrigen Byzantiner — Gneiſt S. 301) ausdrücklich von einem empfangenen Darlehn ſprechenden Theophilus zeigt. Noch mehr aber L. 14 C. h. t. von Juſtinian (528), wo zwar das Mutuum nirgends ausdrücklich erwähnt wird, weil dieſes in der hier behandelten Materie von der querela n. n. p. und nach der vorausgehenden L. 5 C. eod. ſich von ſelbſt verſtand, im Uebrigen aber wie gleich im Eingange: In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur ... und qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit, ſo gleichlautend auch in §. 4 nur vom ſelbſt geſchriebenen Empfange der Quantitäten die Rede iſt. Ein ſolcher Darlehnsſchuldſchein unterſchied ſich, genau genommen, auch jetzt noch von einem bloßen Empfangſchein über ein ſchon früher durch Hinzahlung, alſo re contrahiertes Darlehn dadurch, daß der letztere eben kein Contract war, d. h. kein Schuldbekenntniß aus dem Empfange enthielt. Daher beim erſteren auch in Nov. 18. c. 8 noch ausdrücklich zwiſchen der Abläugnung des Klaggrundes, der obligierenden Unterſchrift des Schuldners, und der des Empfanges der verſchriebenen Quantität unterſchieden wird. Doch mag die leicht mögliche Vermengung der beiden dem Kläger obliegenden Beweiſe der Aechtheit des Scheins und der Hinzahlung des Geldes Juſtinian mit veranlaßt haben, den Litteralcontract in einem vollern Sinne der Obligation erſt vom Ablauf der Zeit der querela n. n. p. an anzunehmen, wo der Empfang oder Nichtempfang des Darlehns ganz gleichgültig wurde.

Daß aber Juſtinian hiermit nicht ſelbſt etwas geneuert hat, ſondern nach unſerer vorſtehenden Darſtellung wirklich auf dem Wege einer ſchon frühern theoretiſchen Auffaſſung im ſpätern Römiſchen Reich ein neuer Litteralcontract bei Darlehnsſachen entſtanden war, zeigt auch noch die Weſtgothiſche Interpretatio zu Paul. 5, 7, 2, welche bei Wiedergabe des von Paulus über ſchriftliche Stipulationen überhaupt Bemerkten nur ſagt: Sed si scribat aliquis, se quamcumque summam redditurum, ita habetur quasi ad interrogata responderit. Dieſer Ausſpruch geht allerdings nicht blos auf Darlehnsſtipulationen, ſondern umfaßt, wie Gai. epit. 2, 9, 12 zeigt, in Uebereinſtimmung mit der ſchon beſprochenen L. 6 Th. C. de denunt. (2, 4) auch die ihnen da nach Art der alten nomina transcriptitia gleichgeſtellten Novationen von Geldſchulden. Dagegen iſt man nicht berechtigt, ihn auch auf andere obligatoriſche Verträge außer mit Darlehnsſachen und auf Grund einer materiellen causa zu beziehen, wie denn dieſelbe Interpretatio zu Paul. 2, 14, 1, welcher durch bloßes Pactum verſprochene Zinſen für unklagbar erklärt, noch bemerkt, daß ein Zinsverſprechen in einer cautio ohne

Digitized by Google

Stipulation unverbindlich sei, und zu L. 3 Th. C. de pactis (2, 3) zur Klagbarkeit der schriftlichen pacta überhaupt (also außer den Darlehnsscheinen) hinzugefügten Eid erfordert (s. S. 297 Anm.[1]).

Die meisten Neuern (vgl. die Uebersicht bei Gneist S. 360—410. Heimbach Creditum S. 633) haben sich nach der durch den ächten Gaius ermöglichten gründlicheren Forschung, allerdings aber auch ohne Rücksicht auf die Geschichte des Römischen Urkundenwesens, gegen die Annahme des neuen Litteralcontracts der spätern Kaiserzeit aus rechtshistorischen, logischen und andern Gründen [1]) gesträubt [2]) und durch die künstlichsten Interpretationen herauszubringen und dieses Resultat mit den drastischsten Mitteln [3]) zu sichern gesucht, daß im Justinianischen Recht nur noch re, verbis oder consensu contrahiert werde, welche drei Arten allerdings L. 1. §. 1 D. de obl. et act. (44, 7) allein anführt, wie denn auch sonst überall die vierte litteris in den Auszügen aus den alten Juristen, bei denen sie einen andern Sinn hatte, von den Compilatoren mit Recht gestrichen ist (Gneist S. 372). Betrachtet man aber die Sache aus einem höhern Standpuncte, so kann auch rechtsgeschichtlich die im Einzelnen schon nachgewiesene Art der Genesis dieses neuen von Justinian in §. 2 I. de obl. (3, 13) und im tit. I. de litt. obl. aufs Klarste anerkannten Litteralcontracts nicht auffallen. In den Anfängen Roms und des ganzen antiken Völkerlebens, wo die mündliche Rede im Rechtsverkehr herrschte, hatte die Fiction eines abstracten Werthempfanges in mündlichen Worten den Verbalcontract als stricte Obligation erzeugt [4]). War es da nicht natürlich, ja fast nothwendig, daß am Ende dieser Entwickelung, wo die absterbende Stipulation ihren Scepter an die schriftliche Fixierung stricter Rechtsgeschäfte in dem Gläubiger übergebenen eigenhändigen Einzelurkunden abtreten mußte [5]), in dieser wiederum durch in Worten fingierte res, aber nun durch schriftliche in einer solchen Urkunde, ein Litteralcontract entstand? Im Römisch-Germanischen Westen äußerte und fixierte sich dieses innere Bedürfniß selbst nach dem Vorgange älterer kaiserlicher Constitutionen durch die Annahme eines darlehnartigen Litteralcontracts selbst auch im Falle einer schriftlichen Novation geschuldeter Gelder a re oder a persona in personam, die doch jetzt eigentlich nur durch Stipulation zu Stande kommen konnte, Gai. epit. 2, 9, 12 (wo wohl für die erstere Art der Novation zu lesen: velut si id, quod ex emptione aut conductione aut societate debes, (caves ut) aliter reddas). Im gebildeteren und einsichtigeren Osten fand man wenigstens vollendet seit Justinian diesen Contract richtiger nur in der aus der schriftlichen

[1]) Kurz zusammengestellt z. B. bei Sintenis in den Sellschen Jahrb. I. S. 271.

[2]) Vertheidiger desselben waren fast nur Cropp Abhandl. I. S. 326 ff. Endemann de chirogr. et exc. n. n. p. p. 8 seq. und in ganz eigenthümlicher Auffassung Liebe Stipulation S. 24 ff. 81 ff. 346 ff. 363 ff. Vgl. auch Roßhirt Zeitschr. I. S. 365.

[3]) Man denke an die bekannte schon ältere aber auch später gebilligte Meurersche Leichenrede (Gneist S. 5. 409) und daß nach Schlesinger S. 77 die Nichtexistenz eines Litteralcontracts auch für das Justin. Recht so feststeht, wie überhaupt eine historische Thatsache feststehen kann u. s. w. Vgl. Glück Pand. XII. S. 136.

[4]) Vgl. oben S. 7, auch mein Recht des Nexum S. 228. Ueber ähnliche seitdem geäußerte Ansichten s. die Citate bei Schlesinger Formalcontr. S. 28.

[5]) Wie diese vielleicht jetzt gegen Ende des modernen Völkerlebens wieder an den Telegraphen und Telephonen?

Digitized by Google

Darlehnsſtipulation hervorgegangenen Obligation eines pecuniam vel alias res, quae pondere numero mensura constant, accepisse scriptus, der in der That nichts empfangen hatte. Der mit der exceptio n. n. p. zuſammenhängende Grund dieſer Beſchränkung wird noch ſpäter zu entwickeln ſein. In beiden Fällen war es aber doch eine in der Scriptur als vorhanden einbekannte res — Darlehnsempfang oder auch eine praecedens causa debiti von Darlehnsſachen, jedenfalls von Geld, welche der Scriptur die obligierende Kraft verlieh. Eben damit war aber freilich auch nicht blos die fingierte res in dieſer eben neuen litterarum obligatio von der der Stipulation [1]), ſondern auch jene litterarum obligatio ſelbſt von der außer Gebrauch gekommenen alten durch expensilatio, die ſtets eine novierte bisherige Geldſchuld vorausſetzte, ganz und gar verſchieden. Es zeugt deshalb von geſundem hiſtoriſchen und juriſtiſchen Tact, wenn Juſtinians Juriſten ſie nicht, wie plumper Weiſe die Weſtgothiſchen Römer im Auszuge aus Gaius als in dem alten Syſtem der Contracte re, verbis, litteris, consensu mitbegriffen anſahen, ſondern da in den Pandekten litteris ſtrichen und nur in den Inſtitutionen am betreffenden Ort bemerkten, daß an Stelle deſſen, was damit verſtanden war, etwas anderes getreten ſei, was aber eben ſo bezeichnet zu werden verdiene. Nur die in L. 2. §. 1 D. de obl. et act. (44, 7) beibehaltene scripturae proprietas paßte auch auf den neuen Litteralcontract, der ja wie der alte nur für die Transſcriptionen von Geldobligationen in den Hausbüchern galt, auch nur wieder die ſehr beſchränkte Anwendung auf Schuldſcheine mit Darlehnsbekenntniß hatte und ſich dadurch auch wohl von dem weiter greifenden peregriniſchen bei Gai. 3, 134 völlig unterſchied.

Die wichtigſte Folge aus der Annahme einer litterarum obligatio im Juſtinianiſchen Recht iſt übrigens, daß damit der exceptio n. n. p. ihr Charakter als wahrer exceptio gegen den Klaggrund, den unſere Quellen ihr unläugbar beilegen (Gneiſt S. 308 flg.), durchgängig gewahrt wird, mag ſie gegen eine Darlehnsſchuldurkunde mit oder ohne Stipulationsclauſel eingewandt werden, und alles Reden von negativer Litisconteſtation oder ſ. g. Beweiseinrede, was ſie mitunter auch ſei [2]), ſammt allen darauf bezüglichen endloſen und verwirrenden Diatriben ſeinen Boden verliert.

---

[1]) Dieſe obligierte ganz allgemein und in Anwendung auf Darlehn vollſtändig, wenn re verbis contrahiert d. h. das Darlehn wirklich hingezahlt war, die neue litterarum obl. nur in dieſer Anwendung, und wenn die zuſtändige aber nach zwei Jahren wegfallende exceptio n. n. p. es gleichgültig machte, ob das Darlehn hingezahlt ſei oder nicht. Die Neuern, welche die Juſtinianiſche litterarum obligatio nicht gelten laſſen wollen, gehen verkehrter Weiſe immer von der Vorſtellung aus, daß dieſe dieſelbe Natur haben müſſe, wie die alte Stipulation. Vgl. Schleſinger S. 77 ff. Der mir richtig ſcheinenden Auffaſſung hat ſich abgeſehen von den ältern Rechtslehrern, welche Juſtinians Darſtellung einfach wiedergeben, am meiſten Bähr Anerkennung S. 132 ff. 314 ff. genähert, aber freilich im Intereſſe ſeines ‚Anerkennungsvertrages', den ich nicht anzuerkennen vermag.

[2]) Auf den einmal im übertragenen Sinne vorkommenden Ausdruck testes omni exceptione maiores (L. 14. §. 2 C. de contr. stip. 8, 38) ſollte man doch kein Gewicht legen, da der mit Recht zu nehmende Anſtoß darin beſteht, daß eine unzweifelhaft ächte exceptio mitunter auch eine ſolche im nur übertragenen Sinne ſein ſoll.

Digitized by Google

X.

Fortſetzung. Neueſtes Recht der exceptio non numeratae pecuniae.

Nach dieſer geſchichtlichen Feſtſtellung der wahren Natur der querela n. n. p und des Sinnes der meiſten dafür in Betracht kommenden älteren Zeugniſſe werden wir nun auch das Recht derſelben, wie es uns in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern entgegentritt und ſeine letzte gemeinrechtliche Geſtalt erhalten hat, den mannichfachen Verkennungen in den neuern Darſtellungen gegenüber im Einzelnen ſicherer beſtimmen können. Zu conſtatieren iſt dafür nur noch im Allgemeinen die merkwürdige Erſcheinung, daß wenn in den letzteren die Neigung hervortritt, das Recht der querela n. n. p. als ein an ſich allgemeines allen Schuldurkunden gegenüber aufzufaſſen, welches nur manche Ausnahmen erleide, während doch ſeine Anomalie nach ihrem richtig aufgefaßten Grunde es von vornherein auf Klagen aus Darlehnsurkunden beſchränkt, wir ſchon im Alterthum einer ähnlichen Neigung begegnen, indem faſt die meiſten Stellen unſeres Titels (L. 1. 2. 4. 5. 6. 11. 13. 14) Prätenſionen deſſelben in Fällen abweiſen, wo es nicht eintritt. Kein Wunder, wenn die Schuldner und wer ihnen gern helfen wollte, jederzeit ein bequemes Mittel, die Beweislaſt gegen ihr Bekenntniß abzulehnen, in größtem Umfange auch bei nur ſcheinbarer Berechtigung anzuwenden verſuchten.

1. Die querela n. n. p. findet nur Statt in contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae conscribuntur L. 14 pr. C. h. t. vom 1. Juli, richtiger vom 1. Juni 528 [1]). Das ſind ſtricte oder einſeitige ſchriftlich formale Contracte mit dem darin vom Schuldner angegebenen materiellen Grunde des Empfanges von Sachen, die ein Darlehn des Gläubigers an ihn begründen können. Juſtinian nennt hier Contracte zunächſt im Gegenſatz zu Quittungen (§§. 2. 3.); er nennt ſie aber mit Recht nicht Darlehnscontracte, weil ſie das mit ihrer bloßen Bezugnahme auf pecuniae oder res numeratae doch formell nicht waren [2]); er ſpricht auch nicht von chirographa aus einem gleich nachher anzugebenden Grunde, außerdem aber auch wohl weil man darunter gewöhnlich ſchriftliche Darlehnsſtipulationen verſtand, er aber zu ſeiner Zeit zwei Arten ſolcher Contracte zu umfaſſen hatte, den Verbalcontract mit Erwähnung einer Stipulation, wie ſie in den ältern Conſtitutionen des tit. C. de non num. pec. vorkommen, und den reinen neuen Litteralcontract mit bloßer Angabe einer Schuld durch ac-

---

[1]) Die Handſchriften geben zu dieſer L. 14 das erſtere Datum, das letztere aber zu L. 17 C. de fide instr. (4, 21), zu L. 17 C. si cert. pet. (4, 2), L. 3 C. de dote cauta (5, 15) und L. 4 C. de apoch. publ. (10, 22), die doch mit der L. 14 wohl ohne Zweifel, obgleich bisher noch nicht bemerkt, urſprünglich derſelben Verordnung angehörten. Vgl. Krügers Ausg. p. 346 Note 2, wo er dieſes wenigſtens auch für L. 3 und L. 4 annimmt und danach K. Jul. in K. Jun. zu verändern vorſchlägt. X K. Jun. in L. 17 C. si certum pet. hat Haloander wohl nach ſchlechtern Handſchr.

[2]) In den Novellen bei nur gelegentlicher Erwähnung werden mitunter ſorgloſer auch andere Ausdrücke gebraucht, der allgemeine συγγραφή in Nov. 18 c. 8, ein δανείσματος συμβόλαιον in einer Urkunde oder einer Scriptur, die Jemand δανείζων und als συνάλλαγμα vor Zeugen macht, in Nov. 73 c. 2. 4, ein ἔγγραφον χρέος in Nov. 90. c. 2.

Digitized by Google

cepisse pecunias vel alias res numeratas. Ob wegen des angeblich Empfangenen ſchuldig zu ſein (debere se) bekannt (pr. I. de litter. obl.) oder wiedergeben zu wollen geſagt iſt, bleibt ſich natürlich gleich. Nothwendig iſt aber die Angabe einer beſtimmten empfangenen und geſchuldeten Quantität von Darlehnsſachen. Daß man bei der exceptio n. n. p. das Wort pecunia nicht von jeher wie bei der actio constitutae pecuniae (L. 2 pr. C. de constit. pec. 2, 18) im allgemeinen Sinne von Darlehnsſachen überhaupt, ſondern blos von Geld verſtanden habe, (ſo Heimbach Creditum S. 640) iſt bei der Gleichheit des doch nur im Darlehn liegenden Grundes nicht glaublich. Wohl aber konnte in der Zeit nach Conſtantin die Gleichſtellung der bloßen Empfangsſcriptur mit der Stipulation in den Darlehnschirographa nach dem Vorbilde der alten litterarum obligatio, die blos auf Geldobligationen ging, eine Unſicherheit in jener allgemeinen Bedeutung von pecunia herbeigeführt haben, die Juſtinian veranlaßte, die aliae res ausdrücklich hervorzuheben, und ſelbſt dazu genöthigt ſehen mußte er ſich durch den gleich zu erwähnenden Eingang der Verordnung, deſſen Vorſchrift ſich in der That auf ſchriftliche Gelddarlehnsobligationen beſchränkte. Nothwendig iſt ferner, daß die Schuldurkunde vom Schuldner ſelbſt mit ſeinem Namen geſchrieben oder doch unterſchrieben ſei oder, wenn in ſeinem Namen mit der Hand eines Andern, daß dieſer Auftrag vom Schuldner gehabt habe (vgl. oben S. 98). Denn der Kaiſer meint jedenfalls Darlehns-Chirographa; nennt er dieſe hier nicht auch, ſo erklärt ſich dieſes aus der ſo eben nachgewieſenen Einheit unſerer L. 14 mit der L. 17 C. si certum pet., die offenbar den Eingang der ganzen Conſtitution bildete und alſo anhebt: Super chirographariis instrumentis haec pro communi utilitate sancienda duximus, ut si quis pecunias credere supra quinquaginta libras auri voluerit vel super reddito debito securitatem accipere, cum amplius sit memorata quantitate, sciat non aliter debere chirographum a debitore vel creditore percipere, quam si testimonium trium testium probatae opinionis per eorum subscriptiones idem chirographum capiat u. ſ. w. Nur beſchränkte ſich dieſe Vorſchrift, die unſer Gerichtsgebrauch, ſo viel mir bekannt, ignoriert, auf den großen Geldverkehr. Läugnet der Schuldner die Handſchrift als unächt, ſo muß ſie der Kläger als ſeinen Klaggrund erſt beweiſen, ehe von einer exceptio n. n. p. die Rede ſein kann, wie dieſes vom Verhältniß jeder exceptio zu dem geläugneten Klaggrunde gilt. Die Vorſchriften Juſtinians über dieſen Beweis (L. 16 rest. L. 18. 20 C. de fide instr. (4, 21) Nov. 73. 90) übergehen wir als rein proceſſualiſche. Zu bemerken iſt aber, daß Nov. 18. c. 8 auf Abläugnung der Aechtheit der Darlehnsurkunde mit ſeinem Namen oder des Empfangs der verſchriebenen Quantität, wenn der Schuldner ſie nicht auf gleich anfangs zugeſchobenen Eid zurückgenommen und der Kläger nachher den Beweis geführt hat, die Strafe der Verurtheilung auf das Doppelte, bei ſpäter zugeſchobenem Eide, worauf der Beklagte zugeſteht, nur den Erſatz der Proceßkoſten des bisherigen Beweisverfahrens geſetzt hat, eine heilſame Vorſchrift, welche leider in unſerem Gerichtsgebrauch keinen allgemeinen Eingang gefunden zu haben ſcheint[1]); bei blos geläugnetem Empfange, dann aber behaupteten Rückzahlungen ſoll der Beklagte nur deren Beweis außer durch Quittung des

[1]) Vgl. Gneiſt S. 20. Schleſinger S. 267. Windſcheid Pand. II. §. 372 Note 8.

Digitized by Google

Klägers verlieren, deren fälſchliche Abläugnung für dieſen doppelte Anrechnung zur Folge hat (vgl. Windſcheid Pand. §. 263 Note 4).

2. In materieller Hinſicht umfaſſen die gedachten contractus mit erwähntem an ſich re verpflichtenden Empfange, wie auch wieder die eben angeführte L. 17 C si cert. pet. als Eingang unſerer L. 14 beſtätigt, das Darlehn nach ſeinem von uns oben entwickelten Begriff, wenn es nur gemeint, obgleich nicht ausdrücklich genannt iſt, übrigens in allen ſeinen Geſtalten, ſowohl das verzinsliche als das unverzinsliche (L. 16 C. h. t.), beim erſteren auch das mit einer übernommenen Gefahr des Capitals (fenus nauticum), nicht aber auch ſ. g. darlehnsartige Geſchäfte (nach Windſcheid Pand. §. 372 Note 13), wie z. B. uneigentlichen Nießbrauch, irreguläre Miethe, wo nicht das reine Bedürfniß fremde generiſche Sachen zum Verbrauch zu erhalten und die Abſicht durch die Hingabe den Schuldner an ſich ſofort zu obligieren, ſondern eine causa praecedens zu Grunde liegt (vgl. unter 3.) oder wo nur ob rem futuram gegeben wird, die erſt den Empfänger verpflichten ſoll, und noch weniger indebite gezahlte Quantitäten, wo gar keine eigentlich contrahierende Abſicht obwaltet (Gai. 3, 91).[1] Vgl. oben S. 13. Hinſichtlich der weiteren Sicherung der urkundlichen Verpflichtung iſt aber auch einbegriffen die mit einem Pfande (L. 3 C. h. t. oben S. 106) oder Bürgen (L. 12 C. h. t.) oder auch mit einem Eide beſtärkte (in cautionibus, quae etiam sacramenti habent mentionem — si iusiurandum positum est L. 16 C. h. t.)[2], wobei nach Juſtinians Worten und Meinung es auch keinen Unterſchied macht, ob der Eid zur Verſicherung des Empfanges oder der verſprochenen Wiederbezahlung hinzugefügt iſt, da beides doch den zwar beſtimmt vorausgeſetzten ſofortigen, dann aber doch ausgebliebenen Empfang nicht ausſchließt[3]. Eine formell gültige Wechſelverpflichtung läßt aber die Einrede nach richtiger allgemeiner Ueberzeugung nicht zu, weil ſie von vornherein die materielle causa des Geſchäfts gleichgültig macht. Bei realen Sachcontracten kann natürlich von der Einrede nicht die Rede ſein, obgleich völliges Mißverſtändniß ſie auch da hat behaupten wollen. Ihr Nichtſtattfinden beim Depoſitum — man denke an das irreguläre — erwähnt Juſtinian (L. 14. §. 1 C. h. t.) auch nur, weil man zu ſeiner Zeit verſucht hatte, ſie auch da vorzuſchützen — ganz gegen ihren Sinn, da auch das irreguläre Depoſitum faſt immer im Intereſſe des Deponenten gemacht wird und jedenfalls kein Drang für den Depoſitar eintritt, ſich vor dem Empfange ſtrict und formell zur Rückgabe zu verpflichten. Für die Dos gilt die bekannte auf andern beſondern Gründen (S. 126) beruhende exceptio dotis cautae non numeratae, von der wir nicht zu handeln haben. Auch auf Quittungen des Gläubigers über

---

[1] Es wären wohl ſo viele Neuere gar nicht erſt auf den Gedanken verfallen, die exceptio n. n. p. auf ſolche anderartige Geſchäfte auszudehnen, wenn ſie nicht die L. 14 C. h. t., die auch in dieſer Beziehung durch ihren wahren Eingang, die L. 17 C. si certum pet. ihr volles Licht erhält, als eine ganz ſelbſtändige Verordnung zu betrachten durch den Schein einer ſolchen, mit dem ſie allerdings uns jetzt vorliegt, ſich hätten verleiten laſſen.

[2] Dieſe Sitte war ſchon alt und, wie man ſieht, die Verwerfung derſelben durch manche Kirchenväter nicht durchgedrungen. Tertull. de idololatr. 23.

[3] Ueber die verſchiedenen Meinungen nach kanoniſchem Rechte Glück Pand. XII. S. 155 ff. Holzſchuher Theorie III. S. 467. Gneiſt S. 37.

Digitized by Google

vertretbare Sachen, deren wirkliche Zahlung er läugnete, hatte man zu Juſtinians Zeit die Querel auszudehnen verſucht. Das Hervorgehen der Quittungen aus eben ſolchen ſchriftlichen Acceptilationen bei oft doch nicht wirklich geleiſteter Solution (vgl. L. 89 pr. D. de solut. 46, 3), wie die ſchriftlichen Stipulationen beim Darlehn üblich waren, gaben wohl die Veranlaſſung dazu; eine Querel über nicht wirkliche Leiſtung hatte aber doch keinen ſelbſtändigen Grund, da nichts den Gläubiger zur anticipierten Ausſtellung der Quittung drängte und er den Schuldner zur Zahlung auch ohne eine ſolche nöthigen konnte [1]). Juſtinian ließ daher die Querel des Gläubigers — hier nur uneigentlich als exceptio n. n. p. bezeichnet, da der Gläubiger durch ſie ſeiner Schuldklage wider die aus der Quittung ihr entgegengeſetzte exceptio pacti mit dem materiellen Grunde der Befriedigung alſo gleichſam durch eine replicatio aufhalf [2]) — auch nur ſoweit zu, als die billiger Weiſe gleiche Behandlung der Parteien hinſichtlich der Hin- und Rückzahlung, wonach er auch ſchon im Eingange (L. 17 C. si cert. pet. ſ. oben S. 131. 132) die darüber abzufaſſenden Urkunden einander gleich geſetzt hatte, es zu rechtfertigen ſchien [3]), alſo

---

[1]) Daher ſagen Diokletian und Maximian in L. 14 C. de solut. (8. 43): Pecuniae solutae professio maiorem rei gestae probationem continet, quam si chirographum acceptae pecuniae redditum fuisset. Fälle, in denen man an die exc. n. n. p. dachte, mögen beſonders die geweſen ſein, wo auf eine Theilzahlung ſchon die ganze Schuld von einem gutmüthigen Gläubiger (L. 6. 7 C. de solut. (8, 43). L. 7 C. de except. 8, 36) oder einem nachläſſigen doppelte Mühe ſcheuenden Steuerbeamten (L. 4 C. de apoch. publ. (10, 22) quittiert war. Doch vgl. auch L. 21 C. de solut. (8, 43).

[2]) Die vom Gläubiger ausgeſtellte securitas oder apocha iſt nehmlich juriſtiſch nicht eine bloße Empfangsbeſcheinigung des Geſchuldeten, die zwar auch ein Beweismittel für die ipso iure aufhebende Erfüllung ſein kann, ſondern vor Allem und formell eine den Schuldner ſichernde (securum faciens), das Abſtehen (ἀπέχειν) von der Forderung ausſprechende Erklärung über die Aufhebung der Schuld, weil man das Geſchuldete empfangen habe, die aber dieſe doch nicht wie die acceptilatio eine verb. obligatio als fingierte Zahlung ipso iure, ſondern nur unter Vorausſetzung einer wirklichen Befriedigung als bloßes Beweismittel derſelben und alſo, wenn dieſe geläugnet wird, nur ope exceptionis pacti aufhebt. L. 8 pr. L. 19 pr. §. 1 D. de acceptilat. (46, 4). Daß der Kaiſer dieſe Art von exceptio exceptionis nur exceptio nennt, konnte er außer durch L. 2. §. 1 D. de except. (44, 1) auch dadurch rechtfertigen, daß formelle Replicationen gegen die exceptio n. n. p. als eine außerordentliche Einrede überhaupt nicht möglich waren (oben S. 122).

[3]) Der Kaiſer erweiterte damit nur hier und in Nov. 18. c. 8 das ſchon früher anerkannte Princip, daß gegen ein urkundliches Bekenntniß nur wieder durch Urkunde ein Gegenbeweis geführt werden könne (L. 25. §. 4 D. de prob. 22, 3. oben S. 111) durch Erſtreckung deſſelben auf das obligatoriſche Verhältniß der Parteien ſelbſt. Dieſer Grund ſcheint Gneiſt in ſeiner Schrift über die form. Vertr. S. 25—32, zu deren Hauptverdienſten gehört, zuerſt eine genauere Interpretation der L. 14. §. 2 cit. gegeben zu haben, nicht klar geworden zu ſein. Dagegen glaube ich ihn nicht mißzuverſtehen, wenn ich annehme, auch ſeine Meinung gehe dahin, daß nicht nur abſtract in derſelben Art von Obligationen, wo die exc. n. n. p. gegen Schuldſcheine Statt findet, dieſelbe auch gegen Quittungen gelte, ſondern, wie es Juſtinian in der That meint, in denſelben concreten Parteiverhältniſſen, wo der Kläger aus einem Darlehnsſchuldſcheine klagt oder klagen könnte, dieſes Recht für die Quittungen eintritt.

Digitized by Google

weder bei öffentlichen Quittungen noch denen über eine in Dotalinſtrumenten verheißene und dann angeblich gezahlte Dos (L. 14. §. 2 C. h. t.) und überhaupt nur dann (L. 14. §. 3), wenn ein von ſeinem Gläubiger aus den ihm ausgeſtellten feneratitiae cautiones belangter Schuldner dagegen auf vom Gläubiger ihm ausgeſtellte Quittungen über gezahlte Theile des Capitals oder Zinſen oder auch über die ganze Schuld jedoch ohne Zurückgabe des Schuldſcheins, wenn dieſe dann auch in der Quittung verſprochen war, ſich berief: zugleich ſo, daß er die Zeit dieſer Querel des Gläubigers — da er die Schrift doch ganz ohne Noth vor dem Zahlungsempfang ausgeſtellt hätte — auf 30 Tage beſchränkte, nach deren Ablauf — der Kaiſer meint offenbar [1]): ohne daß der Gläubiger ähnliche Mittel, wie ſie dem Schuldner innerhalb 2 Jahren gegen ſeinen Schuldſchein zuſtanden, angewandt hatte — die Quittung ſchlechthin zugelaſſen und der Gläubiger mit einer Beſchwerde, das Quittierte doch nicht erhalten zu haben, nicht mehr gehört werden ſolle. Wenn der Kaiſer zu den feneratitiae cautiones hinzufügt, vel si qua alterius cuiuscunque contractus gratia, in quo numeratio pecuniarum vel datio certarum specierum scripta est, securitas detur, ſo haben dieſe andern Contracte nach der Idee der ganzen Vorſchrift ſelbſtverſtändlich ganz denſelben Umfang, wie bei der eigentlichen exceptio n. n. p. Daß das von ausgeſtellten Quittungen Verordnete nicht auch auf den vom Gläubiger blos ausgeſtrichen zurückgegebenen Schuldſchein bezogen werden darf, durch den übrigens der Schuldner ſeine Rückzahlung ebenfalls beweiſen kann (L. 24 D. de prob. (22, 3) Paul. 2, 31, 32 = L. 82. §. 3 D. de furt. 47, 2), iſt ſelbſtverſtändlich, weil er dann nicht ex chirographo belangt wird.

Läugnet der Schuldner die Gültigkeit eines ſolchen Contracts, den der Kaiſer hier meint, ungeachtet die Worte des als ächt von ihm anerkannten Darlehnſcheins darauf lauten, weil dieſe blos ſimuliert ſeien und ein anderer die Obligation vernichtender Zweck ſich darunter verberge — natürlich ſteht dem aber auch jede andere formelle oder materielle Nichtigkeit wegen Irrthums, Zwangs (vgl. L. 2 C. de his quae vi 2, 20) Betrugs [2]), perſönlicher Unfähigkeit u. ſ. w. gleich — ſo kann er dieſe Nichtigkeitsgründe beweiſen, die exceptio n. n. p. ſteht ihm aber — es ſei denn für den Fall des Mißlingens dieſes Beweiſes — nicht zu. L. 1 C. de cond. ob turp. (4, 7)

---

[1]) Zunächſt dachte er freilich wohl — da er blos von exceptio n. n. p. ſpricht — nur an die innerhalb 30 Tagen anzuſtellende Schuldklage des Gläubigers wegen Zinſen oder Capitals. Aber wie, wenn der Gläubiger, der Quittungen ohne Empfang über einen Theil des Capitals ausgeſtellt hatte, z. B. bei einem betagten Darlehn gehindert war, ſchon wegen des Capitals zu klagen? Da war doch eine condictio nothwendig (vgl. L. 4 D. de cond. c. d. c. n. s. (12, 4). L. 3. §. 8 D. ad SC. Vell. 16, 1) oder wenigſtens eine contestatio zur Perpetuierung.

[2]) Natürlich eines andern Dolus als aus dem Grunde des nicht gezahlten Geldes, da deſſen Einwand mit der exc. n. n. p. ſelbſt zuſammenfällt. Wäre jedoch der Kläger ſo unverſchämt, in ſeiner Klage ſelbſt mit Berufung auf die abgelaufene Zeit der Querel zu bekennen, daß er nichts gezahlt habe, ſo würde er ungeachtet des unten Auszuführenden doch abgewieſen werden müſſen, weil Niemanden ex dolo suo eine Klage zuſtehn ſoll und die Beſtimmung der Folgen jenes Zeitablaufs geſetzlich einen andern Sinn hat, als welchen er ihm hiermit beilegt.

Digitized by Google

(oben S. 106). Nach einer andern Seite wird aber die Querel auch nicht dadurch ausgeſchloſſen, daß das Geld wirklich gezahlt iſt, aber an einen Andern als den Ausſteller des Schuldſcheins ohne Gültigkeit für dieſen[1]). L. 5. C. si cert. pet. (4, 2), in der die Worte si intra praestitutum tempus rei gestae quaestionem detulistis auf die Querel hinweiſen. Desgleichen nicht dadurch, daß im Darlehnsſchein ein bloßes Empfangsbekenntniß, z. B. von Oel ſteht, während Geld gegeben und zurückzugeben verſprochen iſt: denn dieſes ſcheint der Sinn des zweiten Theils der L. 5 C. cit., über deren vorausgeſetzten, mit Sicherheit ſchwerlich zu beſtimmenden Fall die Basil. 23, 1, 49 zu vergleichen ſind. In dem eigenthümlichen Falle der L. 1. §. 2 D. de stip. serv. (45, 3), daß der gemeinſchaftliche Sclav des A und B, der das aus dem nur dem A gehörigen Peculium gegebene Geldbarlehn dem B ſtipuliert hat und wovon Julian ſagt, daß dem A die Obligation und Klage ſo erworben ſei, daß doch auch dem B die actio ex stipulatu, aber mit entgegenſtehender doli exceptio zuſtehe, wird kein Chirographum und keine dem A zuſtehende actio ex mutuo erwähnt, die er auch nicht haben kann, weil der Sclav in dem unus contractus ausdrücklich nicht in deſſen, ſondern in eines Andern Namen obligiert hat; die Klage iſt alſo die condictio sine causa. Klagte aber B auch aus einem Chirographum, ſo würde ich doch die doli exceptio nicht für die mit dem zeitlichen Rechte der exceptio n. n. p. halten, weil ihr Grund nur der iſt, daß der Schuldner, der das Geld wirklich ſogleich erhalten hat, billiger Weiſe nicht auch dem, deſſen Klaggrund nur ein nomineller iſt, und alſo zweimal aus demſelben Contract haften kann. (Statt liberabit iſt aber ſchon aus grammatiſchen Gründen liberavit zu leſen.)

3. Schon früher ſcheint man die Querel oft auch gegen Stipulationsſchuldbriefe verſucht zu haben, die der Schuldner inhaltlich derſelben ex causa praecedenti auf eine beſtimmte Quantität ausgeſtellt hatte.

> L. 5 C. h. t. Alexander. Adversus petitiones adversarii si quid iuris habes, uti eo potes. ignorare autem non debes, non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur; cum autem ex praecedenti causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiri, an tunc, cum cavebatur, numerata sit, sed an iusta causa debiti praecesserit.

Es iſt klar, daß der Kaiſer hier an ein eine frühere Schuld, z. B. von Kauf-, Pacht- oder, welches Beiſpiel L. 11 C. h. t. enthält, von Vergleichsgeldern novierendes Chirographum denkt[2]), dem aber auch eine pecunia constituta gleichſtehen würde. Allerdings hat dieſes äußerlich die größte Aehnlichkeit mit einem Darlehnschirographum, womit es auch L. 49. §. 2 D. de pecul. (15, 1) und L. 6 Th. C. de denunt. (2, 5) zuſammenſtellen, während L. 6 C. si cert. pet. (4, 2) doch zugleich den gegenſätzlichen Unterſchied zeigt. Aus den Worten der L. 40 pr. D. de minor. (4, 4) von einem Chirographum, welches auf Grund einer ex iudicato geſchuldeten Fideicommißſumme ausgeſtellt wurde: et cautionem eidem debitor quasi creditae

---

[1]) Dem widerſpricht nicht L. 4 C. de duob. reis (8, 39 al. 40). Sie ſetzt voraus, daß das Geld dem Einen mit Wiſſen und im Intereſſe Anderer, die ſich deßhalb correal verpflichtet haben, zum Darlehn gegeben ſei.

[2]) Vgl. oben S. 112. Widerlegung verkehrter Deutungen ſ. bei Gneiſt S. 294 ff.

Digitized by Google

pecuniae fecerat, läßt ſich ſelbſt ſchließen, daß in ſolchen Urkunden neben der ſpeciellen Angabe des bisherigen Schuldgrundes geſagt zu werden pflegte, der Ausſteller erkenne das Geld als gegebenes Mutuum an, weshalb die Juriſten auch das in creditum ire gern davon gebrauchen. L. 3. §. 3 D. de SC. Maced. (14, 6). L. 5. §. 18 D. de trib. act. (14, 4). Daß dieſes die Meinung, die exceptio n. n. p. finde auch gegen ſolche Chirographa Statt, ſehr begünſtigen mußte, leuchtet ein. Aber gerade das dem wirklichen Darlehnschirographum Eigenthümliche, welches die exceptio n. n. p. begründet, das bei ihm gleichſam nur nothgedrungene und deshalb nicht beweiſende Bekenntniß des ideal gleichzeitigen, in der Regel doch noch nicht geſchehenen Darlehnsempfangs fehlt hier, wo der Beklagte ganz freiwillig eine frühere Schuld als materiellen Grund der Novation und Klage bekennt. Deshalb ſpricht gegen ſolche Schuldbriefe L. 5 cit. dem Sinne nach, L. 11 C. cit. von Diocletian ausdrücklich dem Beklagten unſere die Beweislaſt umkehrende exceptio ab. Wie es aber mit dem Beweiſe der praecedens causa debiti zu halten ſei, die allerdings für eine gültige Novation eine iusta ſein muß, dafür hat Juſtinian eine merkwürdiger Weiſe über 200 Jahre ſpätere generelle Vorſchrift von Juſtinus in den Codex aufgenommen:

> L. 13 C. h. t. Generaliter sancimus, ut si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus eamque causam specialiter promissor edixerit, non iam ei licentia sit causae probationes stipulatorem exigere, cum suis confessionibus [1]) adquiescere deceat, nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta religionem iudicis possit instruere, quod in alium quemquam modum et non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit. nimis enim indignum esse iudicamus, ut quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere.

Es iſt ſchon oben (S. 112) bemerkt worden, daß der Kaiſer mit dieſer Verordnung nur den Ausſpruch des Paulus in L. 25. §. 4 D. de prob. (22, 3) über eine mit Angabe des vermeintlichen Schuldgrundes indebite ausgeſtellte Caution auf Cautionen, in denen eine Quantität aus einem angegebenen frühern Schuldgrunde novierend verſprochen war, übertragen habe. Das Argument für gleiche Beurtheilung der Beweislaſt in beiden Fällen iſt in der That daſſelbe: das regelmäßig Bindende, d. h. den Gläubiger des Beweiſes Ueberhebende des eigenen Bekenntniſſes des Schuldners in der Schuldurkunde über den Schuldgrund und daß jener Grund nicht Darlehnsſtipulation iſt, wo allein jenes Bindende aus dem uns bekannten Grunde ausnahmsweiſe wegfällt. Hinſichtlich der Veranlaſſung dieſer Conſtitution, der einzigen über unſere Querel, welche Juſtinian vor ſeinen eigenen aus der ganzen nachconſtantiniſchen Zeit aufgenommen hat, könnte man aus dem Eingange, beſonders den Worten pro quibuscunque pecuniis ſchließen wollen, daß böſe Schuldner im Einzelnen wegen dieſes oder jenes ſpeciellen, bisher noch nicht durch Reſcripte, wie

[1]) In den Ausgaben von Haloander und Krüger fehlt dieſes Wort, vgl. darüber die Spangenbergſche Ausgabe. Dem Sinne nach iſt es durch L. 25. §. 4 D. de prob. (22. 3) geſichert.

Digitized by Google

in L. 11 C. h. t. ausdrücklich abgewieſenen Grundes immer wiederholt die Wohlthat der exceptio n. n. p. in Anſpruch genommen hätten. Doch iſt es kaum zu glauben, daß die Richter dieſe nicht ſchon früher nach der Analogie der ältern Reſcripte zurückgewieſen haben ſollten, zumal da ja doch L. 5 C. cit. auch ſchon allgemein redet. Auch erklärt ſich damit nicht die Hervorhebung der Stipulationen (promissor, stipulatorem) und der bloßen pecuniae, ſtatt deren man in einer allgemeinen Verordnung vertretbare Sachen überhaupt erwartet. Endlich deutet das non iam ei licentia sit, wie ſchon Andere bemerkt haben[1]), auf eine Aenderung des zur Zeit der Verordnung geltenden Rechts durch ſie hin. Angeſichts der oben entwickelten Geſchichte der neuen Litteralobligation werden wir daher richtiger annehmen, daß nach Conſtantin in Folge der Gleichſtellung des novierenden Verſprechens einer ex causa praecedente geſchuldeten Geldſumme in einem Chirographum, das Viele nun als an die Stelle der alten litterarum obligatio getreten betrachteten, mit dem Darlehnschirographum allgemein auch gegen das erſtere die exceptio n. n. p. mit der Wirkung, daß der Gläubiger auch die causa debiti praecedens beweiſen müſſe, zugelaſſen war, wobei nur ſtreitig ſein mochte, ob nicht ein ſolches Chirographum die Stipulationsclauſel enthalten müſſe, weil es ſonſt nicht die Kraft habe zu novieren. Dem trat nun Juſtinus als einer verkehrten creditgefährlichen Anſicht mit ſeiner allgemeinen Verordnung entgegen und ſtellte ſo aus Paulus das alte, auf richtiger Auffaſſung der Querel beruhende Juriſtenrecht in den beiden ältern Codices gegen den Theodoſianus, deſſen widerſprechende Verordnungen daher auch Juſtinian nicht aufgenommen hat, wieder her, indem er zugleich mit der Hervorhebung der erforderlichen Stipulation in dem Falle des chirographum ex causa praecedente den weſentlichen Unterſchied gegen das Darlehnschirographum andeutete. Nach dieſem Unterſchiede muß es auch gleichgültig ſein, ob die erwähnte causa wirklich oder nur begrifflich eine antecedens gegen die ausgeſtellte Caution iſt, wie wenn die Novation für eine zukünftig zu ſchließende Obligation, z. B. quod pretium mihi ob illam rem tibi vendendam mihi debiturus es, geſchieht (L. 8. §. 2 D. de novat. (46, 2) vgl. L. 71 D. pro soc. 17, 1). Wäre der Schein in der That aus einer nur nicht angegebenen und daher auch nicht einbekannten causa praecedens debiti, z. B. Kaufgeldern, und dagegen, wie Beklagter behauptet, ſimuliert mit Anführung eines Darlehns mit oder ohne novierende Stipulationsclauſel ausgeſtellt — der Fall der L. 6 C. si cert. pet. (4, 2) — ſo würde freilich die erſtere als novierte oder gebliebene causa obligationis vom Gläubiger zu beweiſen ſein und die exceptio n. n. p. dem Schuldner auch nicht zuſtehn, aber erſt nachdem er gegen ſeinen Schein die Simulation des Darlehns auch mit urkundlichen Beweismomenten dargethan hätte. Hätte dagegen der Schuldner die exceptio n. n. p. entgegengeſetzt, ſo würde der Gläubiger entweder die Hinzahlung oder die von ihm behauptete Simulation und die causa antecedens beweiſen müſſen.

In einem andern Sinne als antecedens causa debiti, ex qua pecuniae promissae descendunt, und namentlich alſo auch nicht als antecedens causa numerationis darf die causa in der Conſtitution, was doch ſo oft geſchehen,

[1]) Vgl. Schleſinger Formalcontr. S. 62, der ſelbſt einen bisherigen allgemein entgegengeſetzten Rechtszuſtand, aber aus andern, als den von mir im Folgenden entwickelten Gründen annimmt.

Digitized by Google

nicht genommen werden; das beweiſt klar ſowohl die Entlehnung der letzteren aus dem Ausſpruche des Paulus, der bei der condictio indebiti eine vorausgeſetzte frühere causa debiti verſteht, als ihr eigener Inhalt, der, zumal mit L. 5 und 11 cit. zuſammen genommen, dieſer die jetzige causa debendi durch das cavere im chirographum nach L. 5 cit., das scriptis cautum nach L. 13 init. ſelbſt entgegenſetzt: die numeratio etwa als materiellen Grund der Verpflichtung neben verba oder litterae gedacht hier mit causa bezeichnet anzunehmen, hätte überhaupt keinen Anhalt in dem Sprachgebrauch der Quellen. Auch die weit verbreitete Anſicht[1]), welche ſich an L. 5. 13. cit. wenigſtens anlehnen will, daß wenn in dem Schuldſchein nicht blos allgemein der Empfang bekannt, ſondern auch eine ſpecielle Zeit des frühern Empfangs, z. B. geſtern, im vorigen Jahr und dergleichen angegeben ſei, die Querel wegfalle, findet demnach in den Quellen keine Stütze. Ein ſolcher Empfang hätte doch eben als ſolcher den Schuldner ſchon ſelbſtändig obligiert, da er mit der nicht unmittelbar angeſchloſſenen Stipulation nicht als Ein Contract angeſehen werden kann (L. 6. §. 1 D. de novat. 46, 2), und würde alſo in der That nur eine praecedens causa debiti, die in die jetzt eingeklagte Obligation verwandelt wäre, ausdrücken. Aber auch auf andere Specialiſierungen der Art des Empfangs, z. B. der Angabe des Orts, der überbringenden oder empfangenden Perſon erſtreckt, würde ein ſolches Bekenntniß zwar dem Gläubiger ſeinen Beweis nach Umſtänden mehr oder weniger erleichtern können; denn es heißt nirgends in den Quellen, daß der Gläubiger ſich dazu der Schuldurkunde überhaupt nicht bedienen dürfe, was nur die neuern Darſtellungen enthalten; die Querel ſelbſt aber mit ihrer die Beweislaſt umkehrenden Wirkung, welche das Recht nur an den geläugneten, wiewohl in der Urkunde bekannten Empfang knüpft, wird dadurch um ſo weniger ausgeſchloſſen, als ſich gar wohl denken läßt, daß der Schuldner auch zu ſolchen Zuſätzen durch den ſie verlangenden oder durch ſeine beſtimmten Verheißungen einer gewiſſen Zahlart deren Vorausſetzung beim Schuldner erweckenden Gläubiger vermocht worden ſei. Klagte freilich der Gläubiger ein reines Mutuum ein und bediente ſich nur zu deſſen Beweiſe eines z. B. nach einem Jahre darüber ausgeſtellten Empfangs- und Schuldbekenntniſſes — ein Fall, auf den die Worte der L. 126. §. 2 D. de verb. obl. (45, 1) Plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a naturali obligatione hindeuten — ſo würde überhaupt die Vorausſetzung der querela n. n. p. fehlen. Das iſt denn das Wahre, was der gerügten Anſicht dunkel vorgeſchwebt zu haben ſcheint, und darauf zurückgeführt, iſt ſie richtig.

Selbſtverſtändlich fällt die Querel auch dann weg, wenn die praecedens causa debiti mit Aenderung der Perſon des Schuldners (natürlich auch der des Gläubigers) noviert worden iſt, L. 6 C. h. t., wonach man ſich ihrer ſelbſt da zu bedienen verſuchte. Daß freilich nach dem Recht der nachconſtantiniſchen Zeit ſpäter im Weſten, in welchem nach Leo keine Verordnung der oſtrömiſchen Kaiſer mehr, mithin auch die L. 13 C. h. t. von Juſtinus nicht publiciert wurde[2]), die exceptio

[1]) Vgl. die Citate bei Glück Pand. XII. S. 105 ff. Gneiſt S. 304 ff. Windſcheid Pand. §. 372 Note 10.

[2]) Vgl. Hänels Lex Rom. Visig. p. 298. Nov. Anthem. tit. 23 p. 345 ed. Hänel.

Digitized by Google

n. n. p. auch in dieſem Falle bei Geldſchulden üblich war (sicut fieri solet), was aber doch nicht gebilligt wurde, zeigt Gai. epit. 2, 9, 11 [1]). In allen gedachten Novationsfällen ex causa praecedente würde nun der aus ſeinem Schein Belangte deſſen Bekenntniß anerkennen oder nach Maßgabe der L. 13 cit. es durch Gegenbeweis widerlegen müſſen.

4. Zu Juſtinians Zeit ſcheint es nach Nov. 136 c. 6 beſonders üblich geworden zu ſein, was aber auch ſchon in älterer Zeit vorkommt (L. 61 pr. D. de obl. et act. (44, 7) vgl. auch L. 12 D. de lib. leg. (34, 3). L. 40. §. 10 D. de fid. comm. lib. (40, 5). L. 40. §. 3 D. de statulib. (40, 7). L. 82 D. de cond. et dem. 35, 1), daß die Argentarien ihre Rechnungen, in denen angeblich von ihnen geleiſtete Zahlungen an oder für einen Geſchäftsfreund mit Angabe des Grundes einer jeden verzeichnet ſtanden, dieſem zur Unterſchrift ſchlechthin oder mit vorausgeſchickter Vertragserklärung in Form einer Darlehns- oder Vergleichs- oder ähnlichen Urkunde vorlegten. Sie beſchwerten ſich, daß dann vom Unterſchriebenen ihnen doch der Beweis der einzelnen Schuldgründe abverlangt, d. h. ihnen die exceptio n. n. p. entgegengeſetzt werde. Der Kaiſer hält die Beſchwerde für begründet, jedenfalls mit Recht im Falle der zweiten Art der Unterſchrift, wo ja ex causa praecedente debiti contrahiert war. Wenn er dem Schuldner doch innerhalb der für die exc. n. n. p. geſetzten Friſt die zwar (bei der Vertrauenswürdigkeit der Argentarien) überflüſſige Eidesdelation geſtattet (vgl. L. 14. §. 3 C. h. t.), ſo bewog ihn zu dieſem Mittelwege wohl, daß bei der erſten Art der Unterſchrift auch Darlehnsanſätze in der Rechnung vorkommen konnten, die ſtreng genommen und ohne Rückſicht auf die Fides der Argentarien das Recht der Querel zuließen. Nur mit Rückſicht auf dieſe Fides ſchloß der Kaiſer aber in derſelben Nov. c. 5 das Recht der Querel auch gegen alle von den Schuldnern den Argentarien wenigſtens mit Namensunterſchrift ausgeſtellten Schuldurkunden oder Rechnungen aus, wo offenbar Darlehnsſchulddocumente gemeint ſind. Praktiſch ſind alle dieſe Beſtimmungen nicht, ſchon weil die Novelle nicht gloſſiert iſt.

5. Allgemeine und auch ſchon aus allgemeinen Rechtsgründen geſchöpfte Ausnahmen von dem Recht der Querel in Fällen, wo es ſonſt an ſich gilt, enthalten

a. L. 1 C. h. t., nach welcher in einem Falle, wo der Schuldner zwar den Nichtempfang des Geldes für eine ſchriftliche Darlehnsſtipulation behauptet, dieſe Behauptung aber nicht gegen eine Klage aus dieſer Stipulation, ſondern im Proceß mit dem Gläubiger aus einer dinglichen Klage — Vindication des Eigenthums oder hypothekariſcher Klage — wegen einer Sache, welche der Schuldner zugleich für die Schuld verpfändet zu haben behauptet, vorkommt, aus den oben S. 104 entwickelten Gründen die exceptio n. n. p. nicht Statt findet.

b. L. 2 C. h. t., welche ſie auch in dem Falle ausſchließt, wo der Schuldner nur einen Theil des verſchriebenen Darlehns, weshalb er belangt wird, nicht em-

[1]) Noch in neueſter Zeit behandelte der oberſte Gerichtshof für Baiern ſogar die Regreßforderung aus einer Expromiſſion der Darlehnsſchuld an einen Dritten ſelbſt als Darlehn, was jedoch vom Oberappellationsgericht rectificiert wurde. Sammlung von Entſcheidungen des oberſten G.H. für Baiern in Gegenſt. des Civilrechts u. Proc. I. S. 348 No. 116. II. S. 525 No. 174. Ich entlehne das Citat Kleinſchrod über die Klagänderung (1879) S. 47.

Digitized by Google

pfangen zu haben behauptet. Auch davon iſt ſchon oben S. 106 gehandelt worden. So bleibt hier aus früherer Zeit nur ein anderes Reſcript deſſelben Kaiſers Caracalla zu berückſichtigen.

> c. L. 4 C. h. t. Cum fidem cautionis agnoscens etiam solutionem portionis debiti vel usurarum feceris, intellegis, de non numerata pecunia nimium tarde querellam te deferre.

Ohne vorgefaßte Meinung läßt ſich dieſe Stelle nur ſo verſtehen, daß zum Wegfallen der exceptio n. n. p. aus dem hier erwähnten Grunde zweierlei mit einander Verbundenes erforderlich ſei, wovon auf das zweite, mit etiam im Indicativ geſetzte das Hauptgewicht fällt, daß der Schuldner 1) in Anerkennung der Aechtheit des Chirographum, 2) darauf einen Theil der Schuld oder Zinſen gezahlt habe, wie denn auch in L. 2 C. de his quae vi (2, 20) bei der Frage, ob die Rechtsmittel wegen angeblich erzwungener Ausſtellung des Schuldſcheines durch ſpätere Anerkennung der Schuld ausgeſchloſſen werden, ſelbſt nicht einmal einer cautio, ſondern nur der Zahlung dieſe Wirkung beigelegt wird; nicht aber (nach Gneiſt S. 52 und Anderen) ſo, daß während ſchon die Anerkennung des Schuldſcheins nach ſeiner Aechtheit und der Wahrheit des darin bekannten Empfangs genügte, dieſes um ſo mehr der Fall ſei, wenn die Zahlung hinzutrete. Denn ſelbſt bei angenommener Abhängigkeit des Reſcripts von der Faſſung des Vortrages in der Bittſchrift hätte der Kaiſer dann doch das etiam weglaſſen oder umgekehrt ſetzen müſſen: cum . . . solutionem . . . faciendo . . . fidem cautionis agnoveris u. ſ. w. Dazu kommt, daß fides cautionis doch in ſeinem gewöhnlichen Sinne (vgl. Paul. 5, 12, 11 = L. 2 D. de fide instr. 22, 4) auf die Aechtheit der Urkunde, nicht auf die Wahrheit des Inhalts, d. h. des behaupteten Empfangs (was fides veritatis oder debiti wäre L. 1 C. h. t. L. 6 C. de compens. 4, 31) geht. So finden wir den Ausdruck in dieſer Materie ſelbſt zweimal in L. un. Th. C. si cert. pet. (2, 27) §. 2 ad illuminandam hereditarii debiti fidem, hier im Gegenſatz zu einem auf nachgemachter Urkunde beruhenden debitum, und §. 3 von der unangefochten gebliebenen Aechtheit: si chirographi fides sub silentio iudiciariae conventionis statutum tempus excesserit, dem dann in §. 4 die Frage von der Wahrheit der Hinzahlung entgegengeſetzt wird. Die Meiſten behaupten nun zwar den Wegfall der exceptio wegen jeder Art von ſpäterer Anerkennung der Schuld durch den Schuldner auch ohne Rückſicht auf L. 4 cit. in verſchiedener Weiſe [1]). Man wird aber beim Wortſinn der L. 4 ſtehen bleiben müſſen, für den auch allgemeine Gründe ſprechen. Die bloße Anerkennung erſetzt überhaupt den Schuldgrund nicht. Dieſer wird beim ſtipulierten wirklichen Darlehn für materielle Fragen als ein zweifacher re et verbis coniunctim aufgefaßt (L. 52. §. 3 D. de obl. et act. (44, 7). L. 9. §. 3 D. de reb. cred. (12, 1); den erſteren unterbindet ſo zu ſagen gegen die Klage aus dem Chirographum proceſſual die nur zeitig vorzuſchützende exceptio n. n. p. ſo, als wäre er nicht vorhanden und macht damit dieſe Obligation und Klage bis zum Beweiſe der Zahlung zu einer einſtweilen prätoriſch nichtigen. Es iſt alſo nicht abzuſehen, wie die bloße Anerkennung einer ſolchen Schuld, beſtände ſie auch in einer neuen cautio oder

[1]) Glück Pand. XII. S. 151. Unterholzner im Archiv f. civ. Pr. VII. S. 45 und die Citate bei Gneiſt a. a. O. Windſcheid Pand. § 372 Note 11. Viele mögliche Erklärungen der Stelle ſtellt Schleſinger Formalcontr. S. 306—313 auf.

Digitized by Google

Stellung eines Bürgen, ihr nach dem Grunde ihrer Nichtigkeit zu Kräften helfen ſoll. Und daſſelbe würde von einem wiederholten Bekenntniß des Empfanges (secundae confessiones L. 3 C. de plus pet. 3, 10) zu ſagen ſein. Beide halten ſich in der Sphäre des blos Wörtlichen, das hier eben materiell keine Schuld begründet. Anders wenn der Schuldner auf den Schuldſchein — Zinſen oder einen Theil des Capitals — zurückzahlt. Damit trifft er den realen Grund der einſtweiligen prätoriſchen Nichtigkeit in der Ungewißheit der einbekannten Hinzahlung, indem er, der ja ſonſt auch von dem Seinigen ſelbſt eigentlich verthun oder ſchenken würde (vgl. L. 25 pr. D. de prob. 22, 3), für die Wirklichkeit der letzteren entſcheidet und ſomit auf die exceptio n. n. p. rechtsgültig verzichtet. Mit Unrecht beruft man ſich daher auch auf die gar nicht analoge Unterbrechung der Verjährung durch wiederholtes Verſprechen des Schuldners (L. 7. §. 5 D. de praescr. XXX. ann. 7, 39), mit deſſen Annahme ja der Kläger ſein Recht ausübt, worauf es da allein ankommt. Dagegen haben wir daſſelbe Recht der ſpätern Anerkennung wie hier bei der Querel in andern Fällen der Ungewißheit eines wirklichen tadelloſen Darlehns, nehmlich des von einem Pupillen ohne Zuziehung ſeines Vormundes und des von einem Hausſohn aufgenommenen ſchon oben (S. 89) nachgewieſen. Was dort von den der Rückzahlung gleichgeltenden Geſchäften geſagt iſt, würde natürlich auch hier gelten. Daß übrigens auch hier die ſpätere bloße, obgleich außergerichtliche Anerkennung dem Gläubiger den ihm nach wie vor obliegenden Beweis der Hinzahlung vollſtändig liefern, nach Umſtänden wenigſtens erleichtern könne, iſt ſelbſtverſtändlich. Vgl. L. 3 C. cit. in den Worten: secundis confessionibus, sive insinuatae sint sive non, etiam in hoc casu suam obtinentibus firmitatem. Endlich würde ein ſpäterer ausdrücklicher Verzicht auf die Einrede eben ſo wirken, wie der auf die exceptio metus oder doli, nur formell nicht durch pacti replicatio, ſondern da unſere Einrede eine außerordentliche iſt (S. 120), durch Verweigerung derſelben, wenn nicht etwa der Schuldner deſſen Ungültigkeit wegen Zwangs, Dolus oder Irrthums nachwieſe. Wäre aber der Verzicht gleich in der Schuldurkunde ſelbſt enthalten, ſo fiele er dem Sinne nach noch unter deren Recht als bloßes Mittel der Verſtärkung des Empfangsbekenntniſſes. Doch müßte dann dem Gläubiger auch der Beweis geſtattet werden, daß eine Schenkung unter der Form eines ſtipulierten Darlehns beabſichtigt geweſen ſei [1]). — Beruft ſich der Gläubiger gegen die Einrede auf eine Zahlung, z. B. von Zinſen, ſo muß er dieſe beweiſen, was auch

[1]) Windſcheid, der ein Verſprechen durch ‚abſtracten Vertrag', als gültig obligierend annimmt, wie bei den Römern eine Stipulation auch ohne alle causa außer ihr obligierte (Pand. §. 318), geſtattet dem Gläubiger den Beweis, daß ein ſolcher beabſichtigt worden, conſequent auch der Darlehnsurkunde ohne Verzicht auf die exceptio gegenüber §. 372 unter 2. Mir ſcheint mit der ältern Anſicht ein ſolcher abſtracter Vertrag, der obligatoriſche wie der dingliche, überhaupt ungültig. Auch die Römer kennen ihn ſo wenig, daß bei ihren Formalverträgen die causa abgebildet oder fingiert wird, wie bei der Mancipation ein Kauf, bei der in iure cessio ein Rechtsſtreit, ſo bei der Stipulation eine empfangene res, um das Geſchäft ipso iure gültig zu machen. Aehnlich (früher) bei unſerem Wechſel die empfangene Valuta. Gegen die Klage aus einer Stipulation ohne materielle causa würde daher auch eine doli exceptio anzunehmen ſein, die in unſern Quellen wohl nur deßhalb nicht vorkommt, weil man eine ſolche Stipulation ſelbſt als dem wirklichen Leben fremd anſah.

Digitized by Google

durch eine von ihm ausgeſtellte, vom Schuldner ſelbſt producierte Quittung geſchehen könnte, die ja dieſer dann nicht auch anfechten kann.

d. Einen andern nicht unbilligen Grund des Wegfalls der exceptio n. n. p. hatte Juſtinian ſchon in L. 16 C. de fide instr. (4, 21) vorgeſchrieben. Wenn der Beklagte die Aechtheit ſeiner Unterſchrift beſtritten hatte und ſie nicht blos durch Handſchriftenvergleichung, ſondern auch durch die Urkundszeugen erwieſen wird, ſo ſoll er verurtheilt werden, wenn er auch nichts empfangen hätte. Die Stelle iſt zwar eine lex restituta. Weiter greift jedoch die ſchon erwähnte noch gültige Nov. 18. c. 8, die, ohne der Urkundszeugen zu erwähnen, obgleich ſie dieſe Ueberführung im Auge haben mochte, ſelbſt die Strafe des Doppelten in dieſem Falle vorſchreibt.

6. Die querela und exc. n. n. p. iſt, da ſie den Schuldgrund ſelbſt angreift, rei cohaerens; ſie gilt auch gegen den Fiscus (L. 4 C. fisc. ne vel resp. 2, 18), geht beiderſeitig auf die Erben über (L. 8. 14 pr. C. h. t.) und ſteht auch dem Bürgen und dem, der den Gläubiger beauftragte, dem Schuldner zu creditieren — was ja nach der Querel in Wahrheit nicht geſchehen — zu (L. 12 C. h. t.), natürlich auch jedem ſelbſtändig, wie bei andern Einreden, ſo daß der Verzicht, die Anerkennung durch Zahlung, der Zeitablauf oder die res iudicata bei dem einen dem andern nicht ſchadet, wie Juſtinian für die letztere in L. 15 C. h. t. ausdrücklich bemerkt. Auch die Concursgläubiger des Schuldners oder Gläubigers haben und leiden die Querel, im erſten Falle auch unabhängig von der Zuſtimmung des Schuldners (L. 15 C. cit.), deſſen früherer Verluſt der Einrede aber auch ihnen ſchaden würde. Daß die Querel aber nach gegebenem Pfande gegen die dingliche Klage nicht ſchütze (L. 1 C. h. t.), iſt ſchon früher bemerkt worden.

7. Die Mittel, die Querel wirkſam zu machen, ſind auf eine beſtimmte Zeit (L. 8. 9. 10 C. h. t. L. 3 C. de postul. 2, 6) und zwar auf zwei Jahre beſchränkt (L. 14 pr. C. h. t. Tit. I. de litter. obl. 3, 22), für deren Anfang das Datum der Ausſtellung der Urkunde und ihre Uebergabe in der Regel zuſammenfallen werden. Der Schuldner, dem der Beweis des Nichtablaufs dieſer Zeit obliegt (oben S. 121), kann ihn alſo ſchon aus dem Datum der Urkunde führen [1]); er würde aber gegen ein zufällig älteres Datum, wenn er z. B. die Urkunde noch längere Zeit bis zur Zuſammenkunft mit dem Gläubiger bei ſich behalten hätte, zu ſeinem Vortheil auch die erſt ſpätere Uebergabe des Schuldſcheins an den Gläubiger darthun dürfen, weil erſt dadurch die Klage aus demſelben und folglich auch die Querel begründet wird. Auch ſpricht Juſtinian bei den Quittungen L. 14. §. 2 cit. ausdrücklich von dies post securitatis expositionem numerandi. Dem minderjährigen Schuldner läuft die Zeit erſt von ſeiner Großjährigkeit an (oben S. 122). Außerdem iſt gegen Ablauf Reſtitution aus den gewöhnlichen Gründen geſtattet, L. 14 pr. C. h. t. — Man hat gefragt, ob die Einrede auch in dem gemeinrechtlichen Executivproceſſe Statt finde, und dieſe Frage ſehr verſchieden beantwortet (Glück Pand. XII. S. 159 ff., Gneiſt S. 109). Wir werden ihre Zuläſſigkeit allerdings behaupten müſſen, wenn nur der Beklagte das, was ihm bei ihr zu beweiſen obliegt, ſofort

[1]) Vgl. L. un. pr. Th. C. si cert. pet. 2, 27 . . . chirographi discuti oportet aetatem mit der Interpr.: tempus debet inspici cautionis, ut si intra quinquennium cautio conscripta cognoscatur u. ſ. w.

Digitized by Google

liquid machen kann, und das iſt nur die noch nicht abgelaufene Zeit, die ja meiſt die Schuldurkunde ergibt, oder die Perpetuierung der Querel innerhalb jener Zeit.

8. Die gedachten Mittel ſelbſt beſtehen darin, daß der Schuldner die exc. n. n. p. dem klagenden Gläubiger entgegen ſetzen oder, wenn jener aus dem Schuldſchein nicht klagt, und er nicht länger auf die Zahlung warten will [1]), ihn mit der condictio causa data causa non secuta auf Rückgabe des Schuldſcheins belangen kann mit der Wirkung, daß der Gläubiger in dieſen Proceſſen ungeachtet des Empfangsbekenntniſſes des Schuldners in der Urkunde anderweitig die Zahlung des Capitals beweiſen muß (L. 3. 10 C. h. t.), nach welchem Beweiſe der belangte Schuldner aufs Doppelte verurtheilt wird (oben S. 132). Er kann aber auch ſeine Querel für beide Rechtsmittel dadurch perpetuieren, daß er ſie dem Gläubiger durch Conteſtation (L. 4 C. de cond. ex lege (4, 9). L. 9 C. h. t. oben S. 113), d. h., wie L. 14. §. 4 C. eod. näher beſtimmt, durch ſchriftliches Proteſtieren, immer alſo vor Zeugen, erklärt, oder wenn der Gläubiger am Contractsort nicht gegenwärtig iſt, ſie beim ordentlichen Richter oder (bei kleineren Summen vgl. Zimmern Röm. Civilpr. §. 23) beim defensor civitatis daſelbſt und wenn ein ſolcher nicht vorhanden oder wenn der Gläubiger zwar am Contractsort gegenwärtig iſt, aber wegen der höhern amtlichen Stellung deſſelben die eigene Erklärung des Proteſtes ſchwierig ſein möchte, auch bei irgend einem Richter zur Zufertigung an ihn [2]) anbringt. In Ermangelung einer vorhandenen Gerichtsbehörde oder wenn deren Angehung aus irgend einem Grunde ſchwierig ſei, ſoll er ſich auch an den Biſchof wenden dürfen (L. 14. §. 6 C. h. t. = L. 21 C. de episc. aud. 1, 4), was jetzt natürlich wegfällt. Der Sinn der ganzen Beſtimmung, bei der ſogar auf das competente Forum Gewicht gelegt wird, iſt offenbar, daß nur eine der Anſtellung eines Proceſſes materiell gleich zu ſetzende, auch wieder in eine ſchriftliche Urkunde gebrachte Verwahrung gegen den Gläubiger die Wirkung haben könne, das ſchriftliche Empfangsbekenntniß für immer proceſſual zu entkräften, und wahrſcheinlich ſtammten dieſe Denunciationen, wie ſie in L. 14. §. 4 genannt werden, noch von denen her, mit denen ehemals (Fr. Vat. 166. 167) das außerordentliche Verfahren, dem ja unſere exceptio angehörte, eröffnet wurde. Sie werden daher im Plural erwähnt (auch in L. un. §. 4 Th. C. si cert. pet. 2, 27), der auf die auch in andern bekannten Fällen von Juſtinian beibehaltene Dreizahl mit den Zwiſchenräumen von je 10 Tagen hinweiſt [3]). Blos durch Anſtellung der condictio c. d. c. n. s. den Schuldner zur

---

[1]) Die Klage wegen der mit der Promiſſion und Ausſtellung des Schuldſcheins ohne Geldempfang geſchehenen grundloſen Aufopferung aus ſeinem Vermögen entſteht, ſobald der Schuldner nach jener das Geſchäft ſich gereuen läßt, ſelbſt wenn ihm der Gläubiger ohne ſeinen Widerſpruch die Zahlung erſt nach einer gewiſſen Zeit verheißen hätte; denn bis zum Empfang iſt er nicht obligiert und hat es in ſeiner Gewalt durch verweigerten Empfang nicht wirkſam obligiert zu werden. S. oben S. 26 und L. 3. §. 3 D. de cond. causa data (12, 4). Eine Einrede wegen nicht abgewarteter Zeit wäre nur begründet, wenn der Schuldner auf frühern Empfang ausdrücklich verzichtet hätte.

[2]) Bei der erſten Erwähnung der gerichtlichen Denunciation in §. 4 läßt der Kaiſer dieſes aus; daß er es aber meint, zeigt das Folgende, noch klarer bei der dos non numerata Nov. 100 c. 1.

[3]) Sie haben alſo allerdings — womit ſie ältere Ausleger wohl vergleichen — eine gewiſſe Aehnlichkeit mit einer provocatio (ad dandum vel agendum) bis zur contuma-

Digitized by Google

initiativiſchen Sicherung gegen ſein Schuldbekenntniß in Stand zu ſetzen, wäre unbillig geweſen, da ihm wohl meiſtens vor Allem daran gelegen war, durch ſeine Beſchwerde nach Vereinbarung noch das Geld oder den Schein zurück zu erhalten, weshalb auch wohl L. 14 und ſelbſt L. 9 C. h. t. die condictio gar nicht erwähnt. Weniger als der Ernſt einer Proceßeinleitung konnte aber auch nicht von ihm gefordert werden, da ſein Bekenntniß mit hinzutretendem Belaſſen der Urkunde in des Gläubigers Händen mächtiger für ſeine wirkliche Schuld ſprach, als alle Privatbeſchwerden dagegen.

9. Der Zeitablauf ohne Unterbrechung durch eines der gedachten Mittel der Querel bewirkt, daß der Schuldner, ſelbſt wenn er (als Erbe) ein Pupill wäre, jedenfalls (omni modo) zur Zahlung angehalten wird (L. 8 C. h. t.), indem er die Beſchwerde des Nichtempfangs nur innerhalb jener Zeit, nachher nicht mehr (Tit. I. de litt. obl.), ja nullo modo (L. 14 pr. cit.) vorbringen darf, auch zur Eideszuſchiebung darüber nicht zugelaſſen wird (L. 14. §. 3 C. h. t.), die Quittung des Gläubigers aber nach 30 Tagen omnibus modis vom Richter als Beweis zugelaſſen werden muß (L. 14. §. 2 cit.), und denſelben Sinn abſoluter Ausſchließung jedes weitern Rechts des Schuldners aus angeblichem Nichtempfange, die auch die Byzantiner beſtätigen (Gneiſt S. 94 ff., Heimbach Creditum S. 676), hat es, wenn Juſtinian von da ab beſonders eine litterarum obligatio annimmt (tit. I. de litt. obl.), alſo gleichſam einen neuen, den frühern ſtreitigen novierenden Contract, indem er auch für die Dos (Nov. 100. c. 1. §. 1) aus dem langen Schweigen des Mannes ein (geſetzlich fingiertes) Verpflichtetſeinwollen (πρόδηλός ἐστι βουλόμενος) herleitet [1]). Doch hat Juſtinian auch damit in der Sache nichts geneuert. Schon Gordian (L. 3 C. de postul. 2, 6 oben S. 118) findet in dem Ablauf der Zeit ein gesto negotio consensum ac fidem accommodare, was ſich damals nur auf die Stipulationsurkunde bezog, und in der That lag daſſelbe von jeher in der richtig aufgefaßten Natur der den Beweis auf den Kläger übertragenden exceptio n. n. p., ſo daß auch aus dieſem Grunde die immer noch Anhänger zählende vermeintlich billigere Meinung, der Schuldner ſei auch nachher noch mit einem Gegenbeweiſe zuzulaſſen, verworfen werden muß. Denn die an ſich nach der Natur dieſer Beweisſicherung beim Darlehn billige Anomalie, dem Gläubiger ſein proceſſuales Recht des Beweiſes aus dem eigenen Bekenntniß des Schuldners in der ihm zugeſtellten Urkunde zu nehmen, würde in Unbilligkeit umſchlagen, wenn ſie nicht durch die umgekehrte Anomalie, den Schuldner, der ſein Bekenntniß ſo

---

cia, wie man ſie wenigſtens mit beſſerm Rechte nennen könnte als die ex lege Si contendat. Die neuern genauern Darſtellungen (vgl. z. B. Heimbach Creditum S. 661 ff.) erwähnen gewöhnlich nur einen privaten Proteſt und faſſen dieſen wie den doch ganz anderartigen Wechſelproteſt auf. Nach unſerem heutigen Verfahren ſollte der Gerichtsgebrauch lieber einen dreimaligen Proteſt durch das Gericht erfordern, anſtatt die exceptio abermals ſo ſehr zu begünſtigen.

[1]) Dieſes gegen Unterholzner Archiv f. civ. Pr. VII. S. 50 vgl. S. 55, der meint, Juſtinian hätte doch nur an eine Entſtehung der litterarum obligatio durch Verjährung, nicht durch einen Contractswillen denken können. Auch verkennt er S. 52, daß nach Juſtinians Meinung nicht die bloße Form der litterarum obligatio, die ja allerdings noch wie die Stipulation eine doli exceptio zulaſſen würde, ſondern die in ihr gleichſam liegende Novation gegen die bisherige ſtreitige Empfangsurkunde zu betonen iſt.

Digitized by Google

lange ungerügt in den Händen des Gläubigers gelaſſen hat, vom Gegenbeweiſe auszuſchließen, aufgewogen würde [1]). Juſtinians bloße Uebertragung dieſes Effects vom Gebiete des Proceſſes auf das des materiellen Privatrechts ſelbſt fand ihre weitere Conſequenz darin, daß er die als widerrechtlich erwieſene Abläugnung der Aechtheit der Urkunde oder des Empfangs unter den Aquiliſchen Geſichtspunct der Sachbeſchädigung brachte und mit Verurtheilung aufs Doppelte entgelten ließ (Nov. 18. c. 8 oben S. 132). Hat die Praxis dieſe Strafe oft als Härte abgelehnt, ſo ſollte ſie um ſo weniger antaſten, was auch ohne ſie den Beklagten nach dem Zeitablauf nur um der Billigkeit willen als proceſſuale Folge treffen muß. Die Berufung auf das kanoniſche Recht, welches keine praescriptio mala fide geſtatte (vgl. Glück Pand. XII. S. 172), iſt bloßer Nothbehelf. Es hat an dieſe Wirkung des Zeitablaufs entſchieden nicht gedacht, und man wendet es doch auch ſonſt auf bloße proceſſuale Vorſchriften wegen des Beweiſes nicht an.

10. Zu wenig beachtet wird gewöhnlich Juſtinians Vorſchrift in L. 14. §. 3 C. h. t. [2]):

> Illo videlicet observando, ut in quibus non permittitur exceptionem non numeratae pecuniae opponere vel ab initio vel post taxatum tempus elapsum, in his nec iusiurandum offerri liceat.

Unter der Eideszuſchiebung haben wir hier natürlich die gerichtliche eines nothwendigen Eides zu verſtehen, da die außergerichtliche eines freiwilligen vom Gegner ſtets ohne nachtheilige Folgen abgelehnt werden kann. Inſoweit nun die erſtere der Partei nach Ablauf der Zeit abgeſprochen wird (vgl. auch Nov. 136. c. 6), dient dieſes, wie ſchon Donellus richtig bemerkt, nur zur Beſtätigung, daß ſie dann ſchlechthin ſachfällig ſein und mit keinem Beweiſe des Nichtempfangs

---

[1]) Es liegt keine richtige Auffaſſung des Rechts der exceptio n. n. p. zu Grunde, weder wenn man mit der ältern Anſicht angeblich nach der Billigkeit dem Schuldner nach Ablauf der Zeit noch einen Gegenbeweis glaubte zugeſtehen zu müſſen, noch auch wenn man neuerlich (Windſcheid Pand. §. 372 Note 15) gegen ſeinen legislativen Werth überhaupt eingewandt hat, es ſchütze den Schuldner gegen eine mögliche Ungerechtigkeit dadurch, daß es den Gläubiger der Gefahr einer gleichen Ungerechtigkeit ausſetze. Dieſe vom Mißbrauche als möglichem Erfolge ausgehende Auffaſſung trifft das Weſen des Inſtituts nicht. Der mit ihm dem Schuldner gewährte Schutz iſt, wie früher gezeigt, eine von der Billigkeit erforderte nothwendige Folge der vom Verkehr nun einmal zugelaſſenen Beweisſicherung durch das Chirographum, welche als ſolche allein und ſchon an ſich ſelbſt eine gewiſſe von Gewiſſenloſigkeit des Gläubigers unabhängige — ſollen wir ſagen Ungerechtigkeit oder Abnormität? enthält. Deren allein ſachgemäßes Correctiv in der die Beweislaſt umkehrenden exceptio muß danach eine Abweichung von den ſonſtigen normalen Beweisregeln enthalten, die aber ohne ihre die Beweiskraft der Anerkennung anomal ſteigernde Verjährung auch wieder ungerecht ſein würde. Wer tadelt einen Arzt, der eine Krankheit mit einem ſpecifiſchen Giftſtoff, aber ſo, daß dieſer zugleich durch ein Gegengift neutraliſiert wird, heilt? Möglich, daß ſchon Trebatius und ſeine Parteigenoſſen an dieſer doppelten und dem Mißbrauch ausgeſetzten Anomalie keinen Gefallen hatten. Aber ſie opponierten dann richtig gegen die Einſchleppung der Krankheit des Chirographum ſelbſt. Wider Bährs und Schleſingers Anſichten ſ. ſchon Windſcheid ſelbſt und die von ihm a. a. O. angeführte Litteratur.

[2]) Andere Erklärungen derſelben ſ. bei Gneiſt S. 98. Bähr Anerkennung S. 322. Schleſinger S. 264.

Digitized by Google

mehr gehört werden ſoll. Der Kaiſer erwähnt dieſe Beweisart gerade wohl als die gewöhnlich einzige, zu der ſeine Zuflucht zu nehmen die exceptio n. n. p. vor Ablauf der Zeit den Kläger, der ſich auf das Bekenntniß des Schuldners in der Urkunde verlaſſen hatte, nöthigte, hieraus aber Viele, wiewohl irrthümlich, doch nicht ohne Schein des Rechts ſchließen mochten, daß wegen Gleichheit der Parteirechte (vgl. Tit. D. quod quisque iuris 2, 2) nach Ablauf der Zeit auch umgekehrt dem Beklagten noch daſſelbe Mittel zuſtehen müſſe, wie ja auch in dem ähnlichen Rechtsſtreit über indebitum solutum der eine oder andere, dem der Beweis obliegt, ſich der Eideszuſchiebung bedienen könne. L. 25. §. 3 D. de prob. (22, 3). Wenn bei uns die Praxis ſelbſt gegen dieſes ausdrückliche Verbot Juſtinians die Eidesdelation in dieſem Falle zugelaſſen hat (Glück Pand. XII. S. 174), ſo iſt dies reiner Mißbrauch, der nichts für ſich anführen kann, als daß man einmal wolle, der — auch ſonſt von ihr ſo ſehr begünſtigte Schuldner ſolle noch gegenbeweiſen dürfen und — er habe doch kein anderes Beweismittel. — Der Kaiſer verſagt aber die Eideszuſchiebung auch da, wo ab initio die exceptio n. n. p. nicht geſtattet iſt. Natürlich kann man dabei nur an Schuld- oder Schuldaufhebungsurkunden denken, in denen ein Empfang als Grund der Entſtehung oder Aufhebung der Schuld bekannt iſt und vom Gegner geltend gemacht wird. Ob aber blos in den Fällen, wo Juſtinian in derſelben Verordnung kurz vorher (in §. 1) die Vorſchützung der Querel ausdrücklich verboten hat, d. h. gegen Depoſitalſchuldſcheine und gegen Quittungen theils über öffentliche Gefälle (= L. 4 C. de apochis 10, 22), theils über Entrichtung der in Dotalinſtrumenten verſprochenen Dos? Dieſe Beſchränkung wäre doch willkürlich. Auch wird ja in L. 13 C. h. t., welche die bisher zugelaſſene querela n. n. p. gegen Schuldurkunden ex antecedente causa debiti specialiter edicta wieder für unzuläſſig erklärt, ausdrücklich beſtimmt, daß der Schuldner suis confessionibus acquiescere debeat und einen Gegenbeweis nur per apertissima rerum argumenta scriptis inserta führen dürfe, alſo auch eine Eideszuſchiebung zu dieſem Zweck ihm verſagt. Daſſelbe, wenn auch mit eben dieſer Verſtattung eines Gegenbeweiſes aus Urkunden, wird man alſo auch da anzunehmen haben, wo die Querel in dinglichen Klagen wegen eines chirographariſchen Pfandes (L. 1 C. h. t.), bei behauptetem nur theilweiſem Empfange der verſchriebenen Darlehnsſumme (L. 2 C. h. t.) oder wenn der Schuldner auf eine verbriefte Schuld wiewohl irrthümlich z. B. aus Unkenntniß eines ſeinem Erblaſſer gewährten Erlaſſes Zahlung geleiſtet hat (L. 4 C. h. t.) u. ſ. w. — überall nach dem Grundſatz, daß er gegen eigenes ſchriftliches Bekenntniß das Gewiſſen des Andern nicht rühren, ſondern nur urkundlichen Gegenbeweis bringen darf. Stellt nun aber L. 14. §. 3 cit. für die Verſagung der Eidesdelation die Fälle der ab initio und der post tempus elapsum unzuläſſigen querela n. n. p. einander gleich, ſo kann man daraus doch offenbar nicht ohne Fehlſchluß (mit Unterholzner Archiv VII. S. 50) entnehmen, daß ſie einander auch im Uebrigen gleich ſtehen, d. h. dem Schuldner auch in den letztern Fällen noch ein urkundlicher Gegenbeweis zu geſtatten ſei, und am wenigſten dafür eine in der That nicht vorhandene Analogie aus L. un. §. 3 Th. C. si cert. pet. (2, 27) in Anſpruch nehmen.

Digitized by Google

Zum Schluß noch einige Worte über die allgemeine Anwendbarkeit der querela n. n. p. in Deutſchland.

In früherer Zeit iſt oft behauptet worden (vgl. Glück XII. S. 168 ff.), das Querelrecht widerſtreite der deutſchen Sitte, nach der man auf die fides pactorum beſonderes Gewicht lege und der Austauſch von Brief und Geld regelmäßig Zug um Zug erfolge. Hat aber je ein Volk mehr auf die Fides gehalten, als das Römiſche und bildete nicht auch bei ihm jener im Ganzen gleichzeitige Austauſch bei weitem die Regel? Mutuum und Stipulation, auch die ſchriftliche, ſind iuris gentium. Auch in Deutſchland gab es ‚böſe Schuldner' und auch der Deutſche Gläubiger wollte vor Allem eben ſo wohl durch eine ‚Handfeſte', wie der Römiſche durch ein Chirographum (manum debitoris tenere, Seneca) geſichert ſein. Der Grundſatz ‚Briefe ſind beſſer denn Zeugen' iſt aber ſelbſt dem Juſtinianiſchen Rechte (Gneiſt S. 370. Bethmann-Hollweg Civilproc. III. S. 276) oder neuer Erfahrung nach ihm entlehnt. Doch iſt die zweifelloſe Reception der Querel mit dem Römiſchen Rechte die beſte Widerlegung jener Anſicht.

Neuere Geſetzgebungen (ſ. die Nachweiſungen bei Gneiſt S. 116. Windſcheid Pand. §. 373 Note 15) haben allerdings die exceptio n. n. p. oft als dem Credit ſchädlich oder als ungerecht gänzlich abgeſchafft oder weſentlich modificiert. Bei ihrer Beurtheilung iſt jedoch nicht außer Acht zu laſſen, daß ſie von dem vorgefundenen Mißverſtändniß des Querelrechts bei den theoretiſchen und praktiſchen Schriftſtellern ihrer Zeit ausgingen. So wie ſie richtig verſtanden im Juſtinianiſchen Rechte vorliegt, erſcheint ſie, ſo lange man an der doch tief eingewurzelten Sitte der Beweisſicherung des Darlehns durch ausgeſtellten Schuldſchein feſthält, als ein in Wahrheit durchaus billiges Schutzmittel des Schuldners, welches, mag das Darlehn mehr im Intereſſe des Gläubigers oder des Schuldners gegeben werden, in der Natur der obligierenden Darlehnsverſchreibung begründet iſt und das Verhältniß des Gläubigers und Schuldners dazu eben ſo weiſe wie gerecht abwägt, freilich aber nicht, wie jetzt oft geſchieht, dem Intereſſe des Credits und ſeiner Bequemlichkeit die Rückſicht auf den Schwächeren zum Opfer bringt. Dabei behalten natürlich rein poſitive Beſtimmungen, wie die der Zeitdauer und der Strafmittel gegen wiſſentlichen Mißbrauch ihren nach Ort, Zeit und Umſtänden variabelen Charakter, und wenn von modernen Inſtituten, wie Darlehnskaſſen, die Rede iſt, deren regelmäßiger, controlierter Verkehr die Möglichkeit eines ohne Valuta ausgeſtellten Darlehnsſcheins ſo gut wie ausſchließt, ſo wäre es auch zeitgemäß, dieſe von dem Recht der Querel auszunehmen. Im Deutſchen Reich iſt jedoch die querela n. n. p. ſchlechthin aufgehoben. H.G.B. Art. 295 und Einführungsgeſetz für die R.C.P.O. §. 17.

Digitized by Google

XI.

Das Gelddarlehn an Hauskinder. Senatusconsultum Macedonianum[1]).

1. Die geschichtliche Grundlage.

Die civilrechtliche Verpflichtbarkeit der Hauskinder durch ihre Contracte überhaupt, in Folge deren sie denn auch von jeher gültig verurtheilt und mit Execution wenn auch nicht gegen ihr Vermögen, das sie nicht hatten, doch durch ductio gegen ihre Person verfahren werden konnte, ist nach unsern Quellen unzweifelhaft und wird jetzt auch wohl von den meisten Schriftstellern, vielleicht nur zu allgemein und ohne die nöthige Unterscheidung der Zeiten, zugegeben[2]). Es ist nehmlich schon früher (S. 69 ff.) gelegentlich bemerkt worden, daß in ältester Zeit der Empfang eines Darlehns in irgend welchen Sachen nach dessen Natur als Vermögensgeschäfts die Hauskinder nicht verpflichten, sondern nur gegen den Vater, mit dessen Zustimmung sie contrahierten, Gültigkeit haben konnte, daß aber, nachdem ihre Fähigkeit, ein Peculium, vornehmlich zum Vortheil des Vaters, zugestanden zu

[1]) Die überreiche Litteratur s. und zwar die ältere bei Glück Pand. Comm. XIV. S. 302—354, die neuere außer den Hand- und Lehrbüchern, welche v. Keller Pand. §. 297 citiert, bei Windscheid Pand. I. §. 273. Hervorzuheben sind aus der letzteren Dietzel das SC. Macedonianum 1856. Dueckers de SC. Macedoniano 1866. Ryck Creditieren an Minderjährige und Kinder in väterl. Gewalt, im Archiv f. civ. Prax. LIII. S. 85 ff. (1870).

[2]) Vgl. Ryck cit. S. 90. Namentlich wird seit der Lex Pötelia, welche die strafende Härte der Personalexecution auf Delictsschuldner beschränkte, was aber die ductio des Contractsschuldners zu bloßer Haft doch nicht ausschloß, der Prätor selbst bei dieser durch regelmäßige Verweigerung des filiumfamilias duci iubere darauf Rücksicht genommen haben, daß der Gläubiger, der mit einem Hausfohn contrahierte, — was immer nicht das Normale ist — sich selbst sagen mußte, er habe von ihm vor dessen Selbständigkeit wegen seiner Vermögenslosigkeit keine Befriedigung zu erwarten und daß damit auf dessen Seite kein wahres iure teneri bestehe. L. 10. §. 2 D. de fidei. (46, 1). L. 8 (9) C. quod cum eo (4, 26). Darauf führt die ihm im Edict aufgelegte Beschränkung, seinen Schuldner auch nach erlangter Selbständigkeit, ohne daß er von seinem Vater Erkleckliches ererbt hatte, in der Regel nur auf quantum facere possit belangen zu dürfen. Tit. D. quod cum eo (14, 5). Denn damit wollte der Prätor den Schuldner doch selbst dann noch vor der Personalexecution bewahren, und nicht ist daraus mit Ryck zu schließen, daß der Prätor gegen den filiusfamilias strenger verfahren wäre. Auch widersprechen nicht die wenn auch kritisch wohl mit Unrecht angefochtenen Worte Ulpians in L. 3. §. 4 D. de minor. (4, 4): et quidem in potestate manens etiam invito patre ex condemnatione conveniri. Wahrscheinlich hatte der Prätor gegen den Hausfohn beantragtes duci iubere eben so von seiner causae cognitio abhängig gemacht, wie er ihm nach erlangter Selbständigkeit die Wohlthat der Verurtheilung in quantum facere potest nur bedingt causa cognita versprach, und so kam es z. B. im Falle des Dolus doch auch gegen ihn zur ductio. Vgl. L. 10 D. de re iudic. (42, 1). Erst in der spätern Kaiserzeit kam dieses ältere Recht mit den bona quae liberis acquiruntur ins Schwanken und Justinian gestattete wie den Hauskindern das beneficium bonorum cessionis so auch den Gläubigern allgemein, wenn diese nicht aushilft, die Personalexecution gegen sie. L. 7 C. qui bonis ced. (7. 71).

Digitized by Google

erhalten, anerkannt war, also schon lange vor der Kaiserzeit diese Ausnahme von ihrer Fähigkeit, sich durch Contracte zu obligieren, aufhören mußte. Eine Bestätigung liegt darin, daß Cicero von einem angeblich durch aes alienum verschuldeten Hausſohn zur Widerlegung sagt (pro M. Cael. 7, 17): Versuram nunquam omnino fecit ullam, d. h. er nahm niemals ein Darlehn zur Abstoßung eines andern Gläubigers auf (vgl. mein Recht des Nexum S. 117), was er also an sich gekonnt hätte. Dem widerstreitet auch nicht, daß Hausſöhne keine Hausbücher mit expensilatio und accepti relatio führten (Cic. l. c.), sicher auch nicht für ihr Peculium, wenn sie ein solches hatten[1]); denn der Grund davon liegt nicht in der Unmöglichkeit, ein Verpflichtetwerden wie durch Darlehnsempfang (acceptum referre) für sie anzunehmen, die folgeweise auch ihr Correlat, die gleiche schriftliche Verpflichtung eines Andern durch die expensilatio ausgeschlossen hätte, sondern darin, daß mit dem Mangel eigenen Geld- oder andern Vermögens auch das Interesse und Recht einer selbständigen Uebersicht über ersteres für sie wegfiel und damit auch das Recht der expensilatio, deren secundäres Correlat nur die accepti relatio ist. Auch hat das die Verpflichtbarkeit der Minderjährigen beschränkende Recht der Lex Plätoria unmittelbar sehr wenig[2]) mit der passiven Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder durch Contracte gemein, so daß man deshalb diesem Gesetz mit ältern Rechtsgelehrten schon eine gewisse frühere Beschränkung der letzteren zuschreiben könnte. Die Minderjährigkeit, welche jene Lex vor captiösen Contracten schützte, ist eine absolute Eigenschaft des Verpflichteten, die ohne Rücksicht auf suum und alienum ius einen solchen Contract für den Gläubiger strafwürdig und für den unerfahrenen Schuldner materiell unverbindlich macht; das alienum ius dagegen eine relative, welche die, wenn nur an sich vorhandene Verpflichtungsfähigkeit des Hausſohnes niemals vermindern oder schwächen und nur mit Rücksicht auf sein sittliches Verhältniß zum Vater gewisse Contracte, nehmlich die Gelddarlehne, als Darreichung von Verschwendungsmitteln, als regelmäßig jenes Verhältniß schwer gefährdend und darum strafwürdig für den Gläubiger erscheinen lassen kann. Diese verschiedene Natur der gedachten beiden Contractsbeschränkungen ist nun auch für die richtige Beurtheilung der gesetzlichen Maßregeln, durch welche die letztere Beschränkung im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit eintrat, fest im Auge zu behalten.

Die große Versuchlichkeit des an sich jüngern, noch unselbständigen und vermögenslosen Hausſohns, zur Befriedigung seiner ökonomischen Bedürfnisse, wegen deren ihn doch sein Kindesverhältniß und die Pflicht des Gehorsams an den Vater weist, in mortem patris, d. h. mit Absehen von ihm und seiner Zustimmung bei seinen jetzigen Lebzeiten in eigenmächtig anticipierter Selbständigkeit, wie sie erst dessen Tod durch dann zu erlangendes eigenes Vermögen ihm und dem Gläubiger

[1]) Bei Suet. Tib. 15: ne hereditatem quidem aut legata percepit ulla aliter, quam ut peculio referret accepta. ist dieser Ausdruck nicht im juristisch technischen Sinne, sondern von den Rechnungen (rationes) zu verstehn, die beim Peculium gleichsam die Stelle des liber magnus des Hausvaters (Seneca de benef. 7, 10, 4) vertraten und welche die Juristen so oft erwähnen.

[2]) Nehmlich genau genommen nur das auch jüngere, aber nur relativ jüngere Alter des Hausſohns im Verhältniß zum Vater.

Digitized by Google

in Aussicht stellt, sittengefährliche Darlehnsschulden zu machen, berücksichtigte zuerst Kaiser Claudius, dessen auch sonstige Bemühungen um eine sittlichere Gestaltung der verwilderten Geschlechts- und Familienverhältnisse im Wege der Gesetzgebung nach Augustus erster Grundlegung dazu bekannt sind[1]). Von ihm erzählt Tacitus Ann. 11, 13 zum J. 47 (also ein Jahr nach dem SC. Velleianum, Rudorff R.G. I. S. 122, Mommsen ed. Pand. I. p. 459):

> . . . et lege lata saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filiis familiarum fenori darent.

Dieser Schriftsteller wägt seine kargen Worte. Hiernach werden wir anzunehmen haben, daß die Lex sich blos erst auf verzinsliche, dem Hausſohn nur in Aussicht auf seine zukünftige Selbständigkeit (in mortem parentum) und also hinter dem Rücken des Vaters gegebene Gelddarlehne bezog, daß ihr Motiv nächst der sittlich bedenklichen Art solcher Darlehne die harten Bedingungen waren, welche die saevi creditores[2]) besonders in jener Beziehung, also durch sehr hohe Zinsen oder durch Capitalisierung der aufgelaufenen zu abermaliger Verzinsung, was ja damals erlaubt war, oder durch ähnliche Auflagen zu setzen und rücksichtlos d. h. auch schon bei Lebzeiten des Vaters, sei es gegen ihn mit der actio de peculio oder gegen den Sohn, durch Herbeiführung seiner Verurtheilung und ungestümes außergerichtliches Drängen geltend zu machen pflegten, wobei ihre gewöhnliche Rechtfertigung dafür in dem Hinweis auf das zugleich Gewagte solcher Geschäfte bestehen mochte[3]), da die Rückerstattung einigermaßen sicher erst nach des Vaters Tode, bis wohin sich Vieles ändern könnte, und wenn der Sohn vielleicht ohne Peculium früher starb, in der Regel gar nicht zu erwarten sei. L. 18 D. h. t. L. 11 De de fideiuss. (46, 2). Der Ausdruck coercuit endlich deutet nach seinem gewöhnlichsten Sinne auf eine Sanction des Verbots gegen den saevus fenerator et exactor, um ihn auf diese Weise von beidem abzuschrecken (prohibere §. 7 I. quod cum eo 4, 7), und zwar durch Multen oder andere öffentliche Geldstrafen[4]), wie dieses theils der Natur

---

[1]) Man denke nur an seine Aufhebung der eigennützigen Agnatentutel über Weiber, das SC. Claudianum, die Zulassung der Ehe mit der Bruderstochter, die wiederholten Edicte gegen die Frauenintercession für ihre Männer und das SC. Velleianum, das Verbot den Kaiser zum Erben einzusetzen, wenn man noch Verwandte habe (Dio Cass. 60. 8. Zonar. 11, 8), das Intestaterbrecht der Mutter noch vor dem SC. Tertullianum — das Verhältniß zu den Sclaven und Freigelassenen nicht zu erwähnen.

[2]) Die Beziehung der saevitia auf das unmenschlich geltend gemachte Zinsrecht ist durch ähnliche häufige Ausdrücke, das trucidare fenore, die sanguinolentae usurae, das exsecare quaternas u. s. w. gerechtfertigt. Vgl. Corte ad Sallust. Cat. 33 (34).

[3]) Die im Texte angegebenen Beziehungen des in mortem parentum, obgleich sie in der Sache selbst liegen und die hauptsächliche durch die Worte des SC. Macedonianum vollends gerechtfertigt wird, hat man bisher verkannt und der Lex Claudia meistens den Inhalt beigelegt, sie habe sich sogar (nach Andern: blos erst) auf Darlehne bezogen, deren Rückerstattung nach dem Tode des Vaters ausdrücklich bedungen gewesen sei. So Glück Pand. XIV. S. 333. Rudorff R.G. I. S. 122 und andere Neuere bei Dückers p. 3, der sie zwar widerlegt, selbst aber in jenen Worten nur die Hindeutung auf den Tod geduldig abwartende Creditoren findet. Noch am meisten hat sich der richtigen Ansicht genähert S. H. ab Idsinga de mutuo in Oelrichs thes. nov. dissert. I. p. 174 seq.

[4]) Auch daran denken die Neuern nicht, die der Lex meistens als Sanction auch schon Versagung der Klage beilegen oder wie Dückers p. 5 — noch gar keine!

Digitized by Google

des auf Habsucht beruhenden Vergehens selbst entsprach, theils das damals nächstliegende Vorbild der Lex Plätoria[1]) mit sich brachte, also wahrscheinlich auch mit der damals längst üblichen Verstattung eines jeden aus dem Volke zu ihrer Einklagung, vielleicht mit besonderer Hervorhebung und Bevorzugung der nächsten Interessenten (des Sohnes selbst und des Vaters) wie in den bekannten prätorischen Strafklagen, z. B. de sepulcro violato. Wiederum läßt aber diese Sanction das zugleich, ja zunächst öffentliche Interesse — nicht sowohl des Staats als der staatlichen Gesellschaft (des Publikum) — erkennen, welches dem Strafgesetz zu Grunde lag, die Erhaltung guter Sitten, der Zucht und des Friedens in den Familien durch Schutz der Väter gegen unordentliches Leben und selbst auch gegen Verbrechen, zu denen die Darlehne an Haussöhne hinter dem Rücken derselben und das Andrängen des habsüchtigen Gläubigers gegen den Hausſohn, dem der Vater die Mittel der Wiederbezahlung verweigerte, so leicht führen konnten: wie denn schon Cicero in seiner Vertheidigungsrede pro S. Rosc. Amer. 14, 39 gegen die Anklage des Vatermords als mögliche Bewegungsgründe dazu die vom Ankläger angeführten luxuries, aeris alieni magnitudo et animi indomiti cupiditates seines Clienten zu bekämpfen hatte. Daß aber die Lex mit ihrer Strafandrohung schon an die Durchsetzbarkeit der Forderung selbst auch nach dem Tode des Vaters die Hand angelegt habe, ist durch nichts angedeutet.

Diese Auffassung der Lex Claudia erklärt nun auch deren Verhältniß zu dem SC. Macedonianum, durch welches das Römische Recht etwa 20 Jahre später dieses Verhältniß definitiv reguliert hat. Es war veranlaßt und genannt, wie man jetzt nach dem Zeugniß des Theophilus (Paraphr. ad Inst. 4, 7, 7) und nach seinem eigenen Inhalte nicht mehr bezweifelt, von dem Hausſohn Macedo, der damals und zwar unter Vespasian, weil er den ‚nach langer Zeit' (des Wartens auf den Tod des Vaters) und also desto ungestümer auf ihn andrängenden Gläubiger nicht befriedigen konnte, seinen Vater ermordet hatte. Von Vespasian berichtet nehmlich Sueton Vesp. 11:

> Libido atque luxuria coercente nullo invaluerat. auctor senatui fuit decernendi, ut quae se alieno servo iunxisset, ancilla haberetur: neve filiorum familias feneratoribus exigendi crediti ius umquam esset, hoc est, ne post patrum quidem mortem.

Das Senatusconsult selbst lautete aber nach L. 1 pr. D. de SC. Maced. (14, 6) aus Ulpians 29. Buch zum Edict also:

> Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset[2]), et saepe materiam

---

[1]) Vgl. darüber Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIII. S. 318 ff. und zugleich für das Folgende meine Schrift über Multa und Sacramentum Cap. 3 S. 255 ff. und Beil. IV. S. 549 ff. — Die Behandlung der Frauenintercessionen in dem SC. Velleianum konnte nicht zum Vorbilde dienen, weil diese schlechthin um der Frau willen und ohne daß dem Gläubiger etwas zur Last fiel (Dolus oder Härte der Bedingungen) unwirksam sein sollten.

[2]) Es ist wohl klar, daß der Senat den Ausdruck aes alienum hier nicht für Schuld überhaupt (so Dietzel S. 69, der überhaupt die historische Grundlage dieser Materie vielfach irrig deutet), sondern in seinem ursprünglichen auch später fast gewöhnlicheren Sinne: fremdes erborgtes und eben deshalb eine Schuld bewirkendes Geld versteht. Schulden kann nicht leicht Jemand zu Verbrechen verwenden.

Digitized by Google

peccandi malis moribus praestaret, que pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus crederet; placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo fenerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen exspectata patris morte fieri.

Als Senatusconsult trat also diese Vorschrift zur Lex des Claudius, wie damals gewöhnlich durch eine Lex aufgestellte neue Rechtsgrundsätze durch Senatusconsulte näher bestimmt oder ausgedehnt wurden. Den Anstoß dazu gab zwar das Aufsehen machende scheußliche Verbrechen, sein allgemeines Motiv war aber nach Sueton die überhand nehmende luxuria (denn libido geht auf das andere zuerst erwähnte Senatusconsult gegen freigeborene Weiber, welche sich an fremde Sclaven wegwarfen [1])), und zwar coercente nullo; sehr natürlich, wenn die Lex Claudia nach unserer Annahme solche Darlehne nur mit öffentlichen Geldstrafen bedroht hatte. Diese kamen damals aus ähnlichen Gründen wie das iudicium publicum der Lex Plätoria bald ab (Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIII. S. 350), oder gar nicht einmal recht in Gebrauch, da Vater und Sohn selbst sich scheuten, solche heikle Dinge vor Gericht und damit vor das Publicum zu bringen, Dritten aber es dazu an Gemeinsinn fehlte, zumal da es Niemand gern mit Leuten verdarb, zu denen er selbst vielleicht einmal seine Zuflucht nehmen mußte. Eine exceptio gegen die Darlehnsklage ließ sich aber auch aus dem Verbot der Lex Claudia nicht, wie aus dem der Plätoria, entnehmen, da sie nur die Härte der Bedingungen in Verbindung mit der verfrühten Geltendmachung, nicht die Contracte selbst für strafbar erklärt hatte. Da nun im Uebrigen die Hülfe des neuen Verbots (interdictum amplissimi ordinis Paul. 2, 9, 1) nur eine vollständigere und tiefer eingreifende war, so kann es auch nicht befremden, daß unsere Rechtsquellen die Lex des Claudius gar nicht erwähnen [2]), und darf aus diesem Schweigen keine Stütze für einen andern rechtshistorischen Zusammenhang des SC. Macedonianum hergeholt werden. Erwähnt wird freilich in unsern Quellen ja auch als noch praktische Materie und unmittelbar vor dem Titel de SC. Macedoniano behandelt das Edict des Prätors über das s. g. beneficium competentiae der nach erlangter Selbständigkeit aus ihren Contracten belangten Hauskinder (Dig. 14, 5). Es ist aber ein bedenklicher Fehlgriff, mit Supposition eines vermeintlichen historischen und sachlichen Zusammenhangs dieses zwar auch Contracte der Hauskinder betreffenden und ihre Wirksamkeit beschränkenden, in seiner Tendenz aber fast ganz disparaten Instituts mit unserer Materie davon den Ausgang für die Auffassung und Behandlung derselben zu nehmen [3]).

---

[1]) Ob dieses auf einer Verwechselung mit dem SC. Claudianum beruht, ist eine uns hier nicht interessierende Frage.

[2]) Die gelegentliche Erwähnung einer lex in L. 9. §. 4 D. h. t. d. h. 14, 6 kann unmöglich auf sie bezogen werden.

[3]) So in der Schrift von Dietzel §§. 2 ff., besonders auch §. 13 S. 65 (dagegen schon Ryck S. 96). Nicht erkannt oder doch nicht hervorgehoben in ihr oder anderwärts ist, was wirklich den Prätor veranlaßte, die Lehre vom SC. Maced. hier einzuschieben. Dies war nicht sowohl und zunächst die Wohlthat jener prätorischen Bestimmung für den vermögenslosen

Digitized by Google

Näher noch als Sueton mit crescens luxuria gibt das Senatusconsult selbst sein Motiv an mit den Worten et saepe (wie in dem einzelnen Fall des Macedo nur in abschreckendster Weise) materiam peccandi malis moribus praestaret [1]), qui pecuniam ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet, worin der Subjectsatz qui pecuniam ... crederet eben den Gläubiger, welcher Haussöhnen in mortem parentum Geld leiht, bezeichnet. Schon darin, will der Senat sagen, daß solche Gelddarlehne, bei denen erst auf die später zu erlangende Selbständigkeit des Schuldners gerechnet wird, unsichern Personen [2]) (wie die Gläubiger selbst sagen) gemacht, d. h. aber als gewagte Geschäfte nicht etwa, wie beim fenus nauticum, hinsichtlich einer gegen objective Naturgewalt zu sichernden redlichen Unternehmung, sondern hinsichtlich der beim Creditieren in mortem parentis unzuverlässigen Person des Schuldners selbst, mit dem man so eigentlich noch gar nicht contrahieren sollte, geschlossen werden, liegt das schwer Tadelnswerthe derselben, wenn man bedenkt, daß damit das Geld so oft nur charakterlosen Menschen als Mittel zu bösem Leben und Thun gegeben wird, weshalb das Epitheton incerta zu nomina (statt mala im ethischen und wirthschaftlichen Sinne) eigentlich ein zu mildes ist (ne quid amplius diceretur). Hierauf stützt denn der Senat seine Rechtsvorschrift selbst, daß einem solchen Gelddarleiher das Recht der Einklagung auch nach dem Tode des Vaters versagt werden solle, — was auch Paul. l. c. wohl mit Ausfall von etiam vor post mortem als weitgreifendste Vorschrift hervorhebt — damit (fügt er noch, nicht blos oratorisch, sondern zur genauern Bestimmung seiner Absicht hinzu) die Gläubiger, welche jetzt pessimo exemplo durch Zinsbestimmungen sich für das Wagniß entschädigen wollten, wüßten, daß kein an einen Hausſohn auf Abwartung des Todes seines Vaters gegebenes Darlehn mit diesem ein bonum nomen, das heißt ein (moralisch und wirthschaftlich) gerechtfertigtes werden könne [3]). So ging der Senat in mehrfacher Hinsicht über die Lex Claudia hinaus: mit Beibehaltung des Begriffs des anstößigen Darlehns an incerta nomina oder in parentis mortem erstreckte er das bisherige Verbot des saeve fenerare in diesem Falle auf jedes Gelddarlehn, verlegte das Moment der

---

Schuldner, als daß in ihr zuerst auch eine Beschränkung des Gläubigers, der doch an sich ein volles Recht aus dem Contract mit ihm erworben hatte, lag (vgl. S. 149 Anm. 2); welche Beschränkung nachher das SC. Maced. beim Gelddarlehn viel weiter ausdehnte. Gleicherweise gewährte auch das SC. dem Hausſohn nur mittelbar durch die zunächst beabsichtigte Ausschließung des Gläubigers vom Klagrechte eine Wohlthat (succurrit. L. 9. §. 3 D. h. t.). So ist auch der Zusammenhang von L. 5 mit L. 3 §. 4. L. 4 D. h. t. aufzufassen.

[1]) Also geht Motiv und Zweck des SC.s keineswegs blos auf Schutz des Lebens der Väter, nach §. 7 I. quod cum eo (4, 7), wie auch manche Neuere, z. B. Ryck S. 94 ff. annehmen. Selbst auch die Haussöhne wollte es gegen Sittenverderb schützen.

[2]) Denn nomen ist zweifellos nomen debitoris; wegen incertis = unsicher hat man längst den Vers des Horat. ep. 2, 1, 105: Cautos nominibus certis expendere nummos verglichen. Nur sein Geld sicher auszuthun war eine Lieblingsbeschäftigung des alten Römers, wovon Horaz dort spricht.

[3]) Diesen weitern Sinn, den das bene credis von einem im SC. nicht vertretenen, erlaubten Darlehn in L. 12. §. 13 D. mand. (17, 1) bestätigt, muß man hier dem Worte beilegen; der gewöhnliche engere einer beitreibbaren Schuld liegt nur mit darin.

Digitized by Google

Strafwürdigkeit aus dem bloßen Beiwerk, den harten Bedingungen und der Art der Geltendmachung des Contracts, in den Contract selbst, verlieh der Strafe in der versagten Klage daraus, d. h. in der dem Schuldner dagegen zu gebenden exceptio eine größere Unausweichlichkeit, ohne doch mit dieser privaten Geltendmachung derselben das Princip der Unerlaubtheit des Geschäfts im öffentlichen Interesse aufzugeben[1]) (weshalb der Auftrag dazu als zu einer objectiv unerlaubten Handlung ein nichtiges Mandat ist, L. 12. §. 13 D. mand. 17, 1) und sorgte endlich, indem die Strafe der Versagung der Klage von selbst in die Hand der rechtsprechenden Obrigkeiten zu liegen kam, dafür, daß sie theils nach den in seinem Regulativ für diese enthaltenen Fingerzeigen wirklich nur in strafwürdigen Fällen und daher nach dem Satze male iure nostro uti non debemus (Gai. 1, 53) auch ohne wirklichen Eingriff in das Privatrecht und den Verkehr eintrete, theils für die Casuistik bei den Tribunalen unter deren gewöhnlicher Leitung sich auch eine feste Praxis im Einzelnen bilden konnte.

XII.

2. Das Recht aus dem SC. Macedonianum.

Der Weisheit des Senats entsprach das Verständniß und Geschick sowohl der Obrigkeiten als der Rechtsgelehrten und Kaiser, woraus das nachstehende, in unsern Quellen enthaltene Recht hervorging.

A. Voraussetzungen des Verbots.

Deren sind vier: 1. der Stand dessen, dem man lieh, unter väterlicher Gewalt, 2. ein Gelddarlehn an einen solchen, 3. unter den Umständen, welche schon ursprünglich das in mortem parentis credere bezeichnete, und 4. ein schuldhaftes Verhalten des Gläubigers dabei.

1. Bei den gleichen Wirkungen der väterlichen Gewalt ist es gleichgültig, ob die Person, der man leiht, als Sohn, Tochter oder in weiterem Grade unter ihr steht, §. 7 I. quod cum eo (4, 7). L. 14 D. h. t. L. 6. §. 1 C. h. t. d. h. ad SC. Maced. (4, 28); auch wie sie, ob z. B. nur durch Abrogation entstanden ist, und wie lange sie dauerte. L. 1. §. 2 D. h. t. Auf Frauen in der Manus, die sich jederzeit davon befreien konnten, hat das SC. sich ohne Zweifel

[1]) Im Widerspruch steht beides mit einander so wenig, als daß die bisherige Strafe der Lex Claudia, wenn wir ihren Inhalt richtig bestimmt haben, jedem aus dem Volke, der da wollte, anheimgegeben war. Auch hat die neuere Litteratur diesen Charakter des Darlehns gegen das SC. Maced. im Ganzen eben so wenig wie die Römischen Juristen (L. 9. §. 4 D. h. t. L. 40 pr. D. de cond. ind. 12, 6) verkannt. Eine Ausnahme macht die Schrift von Dietzel §. 2 besonders S. 11 ff. — nicht zu ihrem Vortheil. Indem er diesem Gesichtspunkt den substituiert, daß das SC. dem Hausſohne selbst wegen seiner Vermögenslosigkeit habe helfen wollen, führt dieses zu vielen eigenthümlichen, aber auch quellenwidrigen Auffassungen.

Digitized by Google

nie bezogen[1]). Bei der Tochter ist aber das Verbot wegen ihres unselbständigen, noch mehr auf ihren Vater angewiesenen Geschlechts nur um so begründeter. L. 9. §. 2 D. h. t. Das Alter der Person wird nicht erwähnt, insofern aber eher an Großjährigkeit gedacht, weil ein Minderjähriger schon als solcher einen umfänglicheren Schutz auch in Fällen genießt, wo die Strafe des SC.s nicht eintritt, er aber doch verletzt erscheint: woneben freilich die eintretende Strafe als schon civilrechtlicher Schutz wieder die außerordentliche prätorische Restitution ausschließt. Auch auf den bürgerlichen Stand, selbst Amt und Würden kommt nichts an (natürlich sofern sie nicht von der väterlichen Gewalt befreien, Nov. 81. c. 2). L. 1. §. 3 D. h. t. Die selbstverständliche Ausnahme eines Hausſohns, der ein castrensisches Peculium hat, weil er dafür als sui iuris gilt (L. 1. §. 3. L. 2 D. h. t.), und dem daher auch der mit quasicastrensischem gleich zu setzen ist, erweiterte jedoch Justinian auf Soldaten überhaupt. L. 7 §. 1 C. h. t.[2]). War die Gewalt, gleichviel wie, schon aufgehoben, so fällt das Verbot weg. L. 3 §. 4 D. h. t. Da der Senat nur das credere in mortem parentis verbietet, so wird auch bemerkt, daß nach seiner Absicht es für das in noch währender Gewalt gegebene Darlehn gleichgültig sei, ob die Gewalt des Vaters nachher durch Tod oder durch datio in adoptionem oder dadurch, daß er das Bürgerrecht verloren, aufgehört hat. L. 7. §§. 4. 5 D. h. t. Ist aber die zur Zeit des Darlehns bereits geschehene Aufhebung der väterlichen Gewalt noch rechtlich zweifelhaft, wie bei einem in feindliche Gefangenschaft gerathenen Vater, so gilt bis zu entschiedener Sache — Rückkehr oder Tod in der Gefangenschaft — die Versagung der Klage auch nur einstweilen. L. 1. §. 1 D. h. t.

2. Der Contract muß in einem Darlehn bestehen und zwar, da nur Geld eigentliches Verschwendungsmittel ist, theils in einem Gelddarlehn (L. 3. §. 3. L. 7. §. 3. L. 4 D. h. t.), theils in einem solchen, welches dem Schuldner in den Geldstücken wirklich zukommt, so jedoch, daß hier, wie auch in allen andern Beziehungen, das zur Umgehung des Verbots Geschehene dem Verbotenen selbst gleich geachtet wird. Auch das Gelddarlehn verfällt also dem SC. an sich nur in den Fällen, wo es durch eigene oder stellvertretende wirkliche Hingabe beziehungsweise Behaltenlassen des Geldes, in dessen Besitz der Hausſohn schon war oder für eine ihm zu verkaufen gegebene Sache sich setzen sollte (oben Abschn. V. VI.), contrahiert wird, gleichviel übrigens, ob der Empfänger sogleich oder erst durch Consumtion Eigenthümer wurde. Dagegen nicht auch dann, wenn es z. B. durch Stipulation des Sohnes von dem, den der Darleiher dazu angewiesen hatte, entsteht (oben S. 51). Dem bloßen Gelddarlehn gilt aber auch das stipulierte gleich und zwar so, daß wenn die Hingabe des Geldes und die Stipulation in verschiedene Zeiten des suum oder alienum ius des Verpflichteten fielen, es auf seinen Zustand zur Zeit der Hingabe ankommt. L. 3. §. 4. L. 4. L. 6 D. h. t. Wäre danach das Darlehn z. B. vor der Emancipation stipuliert, nachher gegeben worden, so würde dem Empfänger keine Einrede aus dem SC. zustehn, ja auch nicht die s. g. Wohlthat

---

[1]) Auch bei Frauen kann der Darlehnsempfang ein singuläres, ebenfalls schon von Claudius berücksichtigtes Recht haben, aber in ganz anderer Beziehung, wenn sie nehmlich dadurch für Andere intercedieren. L. 2. §. 1 D. ad SC. Vell. (16, 1).

[2]) Genauer wird davon später die Rede sein. Eben so von dem Verhältniß dieser Stelle zu L. 2 D. h. t.

Digitized by Google

der Competenz, wiewohl er aus einer Stipulation, die er als Hausſohn ſchloß, belangt wird, weil nach der Billigkeit auch dafür die Zeit des Darlehnsempfangs entſcheidet. L. 5 D. h. t. vgl. L. 3 fin. D. quod cum eo (14, 5). Alle anderen Contracte ſind erlaubt, wenn ſie nicht in fraudem geſchloſſen werden, nicht blos b. f. Contracte, wie Kauf, Miethe, Depoſitum, ſelbſt auch das ſ. g. irreguläre[1]) (L. 3. §. 3 D. h. t.), ſondern auch z. B. Verbürgung für den, der Geld entleiht (L. 7 pr. D. h. t. L. 8 (9) C. quod cum eo 4, 26), Expromiſſion eines andern Darlehnsſchuldners (L. 13 D. h. t.), Verſprechen einer Dos für die Tochter während der Abweſenheit des Vaters, was aber eigentlich mehr unter 3. gehört (L. 7. §. 2 D. h. t.) und das Verſprechen auf Stipulation des aus einem andern Grunde wie Kauf, Miethe geſchuldeten Geldes, welcher Contract ſich ja dem Mutuum ſehr nähert als ein in creditum abire im nächſten weitern Sinne (vgl. auch L. 5. §. 18 D. de instit. act. (14, 4) L. 57 D. de don. int. vir. (24, 1), (oben S. 68. 136) bis zur Gleichheit des Klagnamens (actio certae creditae pecuniae — ſelbſt auch ex stipulatu, wenn auch das Gelddarlehn ſtipuliert iſt), der aber gleichgültig iſt, weil es hier auf den Urſprung der Obligation ankommt (L. 3 C. h. t.), und ſelbſt auch ein früheres (z. B. unmittelbar vor der Arrogation gegebenes), nachher dem ſtipulierenden Gläubiger vom Hausſohn promittiertes und damit noviertes Gelddarlehn. In dieſem Sinne iſt zu leſen und zu verſtehen die gewöhnlich falſch interpungierte und mißverſtandene[2])

> L. 3. §. 3 D. h. t. . . . et ideo etsi in creditum abii filio familias vel ex causa emptionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, et si stipulatus sim, licet coeperit esse mutua pecunia: tamen quia pecuniae numeratio non concurrit (überhaupt nicht auch oder nicht zu derſelben Zeit des filium fam. esse mit der Stipulation geſchehen iſt), cessat senatus consultum.

In dem weitergehenden etsi in creditum abii ex causa emptionis vel ex alio contractu u. ſ. w. liegt alſo im Gegenſatz zu dem vorher behandelten bloßen vendere, locare vel alio modo contrahere die auch erlaubte Verwandlung des daraus Geſchuldeten in einen ſtricten Contract (L. 3 C. h. t.) und zwar mittels Stipulation, wie das folgende denſelben Gedanken aufnehmende stipulatus est zeigt, das hier bei einer ſchon vorhandenen ſtricten Obligation (aus Darlehn) ausdrücklich geſetzt werden mußte. Daß aber Ulpian bei den Worten coeperit esse mutua pecunia = was urſprünglich dargeliehenes Geld war, an ein Darlehn im frühern Zuſtande des suum ius dachte, zeigt §. 4, wo der umgekehrte Fall, si a filio familias stipulatus sim et patri familias facto crediderim geſetzt und für ſtraflos erklärt wird. Wenn Ulpian zu den oben ausgehobenen Worten noch hinzufügt:

> Quod ita demum erit dicendum, si non fraus senatus consulto sit cogitata: ut qui credere non potuit, magis ei venderet, ut ille pretium haberet in mutui vicem.

ſo dachte er nicht an res aestimata pro mutua pecunia data (L. 8 C. si cert. pet. 4, 2 oben S. 21), in der nur mittelbar eine venditio liegt, obgleich auch

[1]) Ohne triftigen Grund nimmt Dietzel S. 83 dieſes aus.

[2]) Vgl. z. B. Heimbach Creditum S. 147. Savigny Syſtem V. S. 535. Dietzel S. 75. Dückers p. 33.

Digitized by Google

dann das Senatusconsult, weil keine Geldstücke gegeben sind, nur im Falle der fraus zur Anwendung kommen würde, sondern im Rückblick auf den Eingang der Stelle an einen dem Verkauf hinzugefügten Nebenvertrag des Inhalts, daß der Sohn den bedungenen Kaufpreis statt des Darlehns inne behalten solle, wodurch, wie schon früher bemerkt worden, kein Mutuum entsteht (oben S. 59 Anm.). Als ein anderer Fall der Umgehung des Verbots wird noch erwähnt: wenn das Darlehn anstatt dem Sohne selbst mit dessen bloßer Verbürgung einem Andern als Hauptschuldner, aber für ihn gegeben wird. L. 7 pr. D. h. t. Hier haben beide eine Einrede, weil auch der formelle Hauptschuldner materiell ein an den Sohn regreßberechtigter Bürge ist.

Da der Senat das Geben von mutua pecunia verboten hat, ist es auch gleichgültig, ob Zinsen verabredet sind oder nicht. L. 7. §. 9 D. h. t. Ebenso, ob einer oder mehrere das Geld wissentlich einem Hausſohn gegeben haben. Wäre dieses von mehreren, wenn auch mit Stipulation, solidarisch geschehen, so trifft sie gleichmäßig das Verbot; hat der Eine das Geld gegeben und ein Anderer z. B. ein Socius es stipuliert, so daß diesem allein, weil es doch nur Ein Contract ist, die Klage daraus zusteht, so würde auch dieser aus einem verbotenen Contract klagen[1]). Auch wenn mehrere solidarisch stipuliert hätten, von denen der Eine wüßte, daß der Empfänger Hausſohn sei, der Andere nicht, so würde richtiger doch der Contract, der wegen seiner objectiven Einheit nicht zugleich ein erlaubter und unerlaubter sein kann, im öffentlichen Interesse um des Einen willen ganz und daher für alle ein verbotener und unklagbarer sein, und der nicht wenn auch gerechtfertigte gute Glaube des Andern diese objective Wahrheit aufheben können[2]): eine besondere Strenge liegt in dieser Entscheidung nicht[3]). L. 7. §. 7 D. h. t. In den Worten dieser Stelle von Ulpian:

> sed et si alteruter eorum ignoravit in potestate esse patris, severius dicendum est utrique nocere,

hätte man daher schon aus diesem Grunde an severius Anstoß nehmen sollen. Die Lesart vieler Ausgaben patris se, verius ist freilich sinnlos und verkehrt. Das außerdem fehlende Subject zu nocere zeigt vielmehr, daß das einmal hinter e(st) ausgefallene SC = senatus consultum zu se verderbt irrig vor verius eingesetzt, also verius dicendum est senatus consultum utrique nocere zu lesen ist[4]). Wäre das Darlehn nicht correal einem Hausſohne und einem Andern ge-

---

[1]) Nach dem Zusammenhange denkt Ulpian hier überall an Einheit des Contracts oder Rechtsverhältnisses bei mehreren Personen auf der einen Seite, die auch, diese Absicht vorausgesetzt, eben so gut, wenn ein Anderer, als wenn der Geber selbst die Darlehnsstipulation abschließt, vorhanden ist, also jedenfalls nicht an eine Delegationsstipulation nach Dietzel S. 92 ff., der damit willkürlich eine Antinomie gegen L. 19 D. de novat. (46, 2) schafft. Das Richtige lehrt Ryck S. 106.

[2]) Diese richtige Erklärung der Stelle gibt im Wesentlichen auch Schwanert Naturalobl. S. 358. Verkannt wird sie von Ryck S. 118.

[3]) Wie freilich Viele meinen, indem sie die severitas SCti — natürlich als eines Strafgesetzes — in L. 9. §. 2 D. h. t. mit einer bloßen juristischen Folgerung verwechseln, bei der es nur auf Richtigkeit ankommen kann. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Glück Pand. XIV. S. 35. Dückers p. 148.

[4]) Die severior . . . sententia der Flor. in L. 49. §. 1 D. de fidei. (46, 1), auf

Digitized by Google

geben worden, so würde natürlich nur der auf den erstern fallende Theil verbotswidrig sein. Wenn aber correal und zwar so, daß das Geld dem Sohne zukam, der ganze Contract der Einrede unterliegen, wenn dem Andern, keine Einrede gegeben werden. Die L. 7. §. 8 D. h. t. spricht dieses für den gleichstehenden Fall aus, daß mit zwei Hausföhnen so contrahiert war, von denen der Gläubiger den einen für sui iuris hielt. Endlich fällt aber auch das Gelddarlehn unter das Verbot, gleichviel wer es gibt, wenn auch z. B. eine Stadt (L. 15 D. h. t.) und würde dieser nach richtiger Meinung auch nicht durch in integrum restitutio nach dem Recht der Minderjährigen zu helfen sein, da ihr die Regreßklage gegen ihren Administrator zuständе, der so nicht ausleihen durfte. Wenn aber der Geber ein Minderjähriger ist, dann würde die seinen Leichtsinn vor jedem Schaden, den er nach Civilrecht erleidet, schützende Rechtswohlthat des Alters stärker sein als die auch civilrechtliche Strafe des Senats, d. h. durch Restitution des Gläubigers die Einrede des Senatusconsults gegen ihn versagt werden, L. 3. §. 2 D. h. t. L. 11. §. 7 D. de minor. (4, 4); vorausgesetzt, daß überhaupt ein Darlehn zu Stande gekommen ist, was nicht der Fall wäre, wenn der Darleiher ein Pupill war, der ohne seinen Tutor das Geld gab, oder ein Hausfohn, dem der Vater mit zugestandener Verwaltung seines Peculium nicht auch zugestanden hat, unerlaubte Darlehne einem Hausfohne daraus zu geben, denn dann behält der Eigenthümer die Vindication der Geldstücke. L. 3. §. 2 D. h. t. Wenn aber auch der Empfänger minderjährig wäre, so daß ihm auch seine leichtsinnige Consumtion nicht schaden darf, so würde des Gläubigers Klage auf die Bereicherung des Beklagten zur Zeit der litis contestatio beschränkt werden. L. 34 pr. D. eod. Es bedarf aber auch der Minderjährige, wenn er als Hausfohn schon durch das ordentliche Mittel des SC.s geschützt ist, der Restitution nicht, die ihm daher dann auch nicht ertheilt wird. L. 2 C. de filiof. min. (2, 23).

3. Das Gelddarlehn muß auch unter solchen Umständen gegeben sein, unter welchen es der Senat als ein dem Vater feindseliges betrachtete und deshalb mit der Strafe der versagten Klage belegte. Es ist quellenwidrig, wenn man vielfach die entgegengesetzten Umstände als bloße Ausnahmen von dem an sich allgemeinen Verbote des Gelddarlehns an Hausföhne behandelt, und mit Recht bezeichnet schon Scävola (L. 4 D. h. t.) das filiofamilias credi non licere auch nach dieser Seite (denn schon das bloße credi ist ungenau) als eine nur vulgäre (quod vulgo dicitur), also — in Wahrheit unwissenschaftliche Angabe des Inhalts des SC.s. Denn der Senat will nicht regelmäßig und allgemein die Klage wegen eines Gelddarlehns an Hausföhne versagt wissen, sondern schon nach der vorangeschickten ratio des Verbots, nur wenn das nomen mindestens ein incertum wäre, d. h. nach der dieses erklärenden Schlußäußerung, wenn nach dem Wissen des Gebers selbst in dem Darlehn, als einem nur erst exspectata patris morte zu gutem Recht gegebenen ein pessimo exemplo fenerare liegt und auch das Verbot selbst deutet diese Beschränkung an, wenn es heißt, daß die Klage auch post mortem parentis versagt sein soll. Dieses besagt nehmlich im Zusammenhange theils mit jener ratio und der folgenden Schlußäußerung, theils mit der vorangegangenen Lex

---

welche man sich hiergegen berufen möchte, findet sich schon in alten Handschriften in Sed verior emendiert.

Digitized by Google

Claudia nicht blos, daß die Strafe der Klageversagung über den Tod des Vaters hinaus erweitert (nach der Lex war sie überhaupt noch nicht versagt), sondern, daß das in mortem parentis abgeschlossene Darlehn selbst und ohne eine Besserung durch den Tod des Vaters erfahren zu können, als ein dem Vater gefährliches, der Klagbarkeit selbst nach dem Tode des Vaters unwerthes betrachtet werden soll. Auf Darlehne gewöhnlicher Art, d. h. welche der Stellung eines Hausſohns entsprechend gemacht und darum schon in der Gegenwart als bona nomina zu betrachten sind, erstreckt sich also das Verbot nicht. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich schon daraus, daß unsere Quellen überall, wo von solchen Darlehnen die Rede ist, nicht etwa von einer die exceptio SCti entkräftenden replicatio sprechen, sondern eben so wie in den Fällen, wo kein Gelddarlehn oder nicht einem Hausſohne gegeben ist, sagen, das Verbot des SC.s trete da nicht ein (cessat SC. locus ei non est, exceptio denegatur u. dgl.). L. 3 pr. §§. 1. 2. L. 7. §§. 11. 12. 13. 15. L. 12 D. h. t. L. 1. 2. 4. 5. L. 7 pr. C. eod. Doch auch abgesehen von dieser formalen Seite der Sache, die allerdings auch noch einen andern später zu erwähnenden Grund hat, ist es selbst sachlich richtig, die obige Auffassung festzuhalten. Nach ihr ist nun nicht ein dem Vater feindseliges Darlehn

a) vor Allem das, welches nach dem Bewußtsein der Parteien selbst vom Sohne gar nicht in selbständiger dem noch lebenden Vater gegensätzlicher Weise (nicht sua voluntate, wie der Prätor selbst davon sagt L. 2 pr. D. quod cum eo 14, 5) contrahiert wurde, also wenn der gewalthabende Vater — beziehungsweise der Großvater, wenn er den Sohn und den Enkel von ihm in der Gewalt hat, L. 14 D. h. t. — seine Zustimmung dazu gab, gleichviel ob an den Sohn oder den Gläubiger, und auch, ob durch iussus oder mandatum an den Gläubiger, d. h. so daß der Vater auch selbst (mit der actio quod iussu oder institoria) aus dem Geschäft haften wollte, oder nur so, daß der Sohn es mit seinem Wissen und Willen (voluntas) und daher nicht wider ihn oder hinter seinem Rücken schloß [1]). L. 7 D. quod cum eo (14, 5). L. 2. 4. 5. 7 pr. C. h. t. Wenn L. 2 C. de filiofam. min. (2, 23) und ähnlich L. 1 C. ne filius pro patre (4, 13) vgl. auch L. 5 C. h. t. das Darlehn auf väterliches Geheiß mit der Redewendung nec iussu eius (patris) nec contra senatusconsultum contractum sit scheinbar nicht auch schon als im Senatsverbot und zwar als davon ausgeschlossen berücksichtigt darstellt, in Wahrheit aber mehr nur über den Ideenkreis des Senatsverbots oder den Gedanken, daß der Senat es nicht auch habe verbieten wollen, noch hinaushebt, so beruht dieses auf der Anschauung, welcher auch Gaius 4, 70 bei Angabe des Rechts der actio quod iussu Ausdruck gibt: qui ita negotium gerit, magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur, oder nach Ulpian L. 1 pr. D. quod iussu (15, 4): quodammodo cum eo contrahitur qui iubet. Unter denselben Gedanken, daß mehr mit dem Vater als mit dem Sohne contrahiert sei, fällt nun aber auch das Darlehn, welches der Sohn, den der Vater seinem eigenen Waarenhandel als Institor vorgesetzt hat oder in einem peculiaren

[1]) Auf diesen in der L. 7 pr. C. cit. selbst hervorgehobenen Unterschied, nach dem auch die Genehmigung des Vaters einen doppelten Sinn haben kann, macht mit Recht Ryck Archiv f. civ. Pr. LIII. S. 108 aufmerksam. Doch ist nicht zu bestreiten, daß die Ausdrücke im weitern Sinne einander auch öfter vertreten.

Digitized by Google

ſtillſchweigend als ſolchen hat fungieren laſſen, in dieſer Stellung, d. h. für dieſen Handel (vgl. L. 5. §§. 11. 13. L. 13 pr. L. 19. §. 2 D. de instit. act. 14, 3) aufnimmt. L. 7. §. 11 D. h. t. Wenn hier Ulpian nach Julian hinzufügt: nam si scit eum negotiari, etiam hoc permisisse videtur, si non nominatim prohibuit merces accipere, ſo hat man zwar die Fehlerhaftigkeit dieſes überlieferten Textes in den ſinnloſen Schlußworten längſt bemerkt, wahrhaft kritiſch wird aber die Stelle weder durch die gewaltſame Aenderung von merces in mutuum (Haloander und Cuiacius) noch durch Streichen der beiden letzten Worte (die Baſiliken, Mommſen), von denen man nicht einſieht, wie ſie hätten in den Text kommen können, verbeſſert; offenbar iſt, wie ſonſt ſo oft, etwas vor ihnen ausgefallen, dem Sinne nach mutuam pecuniam ad comparandas. Hat der Vater für das Darlehn des Sohnes einen Andern ſich verbürgen laſſen, ſo liegt darin eine mittelbare Zuſtimmung zu dem Contract. L. 9. §. 3 D. h. t. Aber auch, wenn der Sohn nur mit Vorwiſſen des nicht widerſprechenden Vaters (L. 16 D. h. t. vgl. L. 1. §. 3 D. de trib. act. 14, 4) zu einem an ſich nicht tadelnswerthen Zwecke leiht (L. 7. §. 12 D. h. t.) oder, wenn dieſer abweſend iſt, nur in vorausgeſetzter Zuſtimmung deſſelben, wie er dem Gläubiger im vorausgeſtellten Schuldſchein offen ſagt (si quasi ex mandato eius (patris) pecuniam acceperit, cavisset), ihm Anzeige davon macht, indem er ihn um Anerkennung z. B. mit der Bitte erſucht, das Darlehn in der Provinz, wo er ſich aufhält, für ihn zu bezahlen, würde, wie Paulus L. 16 D. h. t. reſpondiert, das Darlehn gerechtfertigt ſein, wenn der Vater nicht ſofort (an die Contrahenten gerichteten) Widerſpruch dagegen erklärt; denn er handelt hier offen und nur in voreilig vorausgeſetzter Zuſtimmung eventuell ſelbſtändig wider den Vater. Widerruf des väterlichen Conſenſes würde dieſen nur unwirkſam machen, wenn er den Gläubiger vor gemachtem Darlehn erreicht. L. 12 D. h. t. L. 1. §. 2 D. quod iussu (15, 4). Ob aber auch bloße Genehmigung des Vaters das Darlehn dem SC. entziehe? Darüber findet ſich vor Juſtinian kein allgemeiner Quellenausſpruch, wohl aber eine Deciſion von ihm L. 7 pr. C. h. t. (536).

> Si filiusfamilias citra patris iussionem vel mandatum vel voluntatem pecunias creditas acceperit, postea autem pater contractum ratum habuerit, veterum ambiguitatem decidentes sancimus, quemadmodum, si ab initio voluntate patris vel mandatu filiusfamilias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constitueretur, ita et si postea ratum pater habuerit contractum, validum esse huiusmodi contractum: cum testimonium paternum respuere satis iniquum sit. necesse est enim patris ratihabitionem vel principali mandato patris vel consensui non esse absimilem, cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrahatur et confirmet ea, quae ab initio subsecuta sunt. —

Dem Sinne des SC.s entſpricht dieſe Entſcheidung ſchwerlich. Wohl kann man ſie, abgeſehen von dem Falle, wo die Genehmigung den Sinn eines nachträglichen iussus an den Gläubiger hatte (ſ. die letzte Anm. und L. 1. §. 6 D. quod iussu 15, 4), den der Kaiſer mit den Worten vel principali mandato ... non esse absimilem im Auge hat, auch für den Fall rechtfertigen, daß die Parteien ſelbſt in der Meinung contrahierten, daß der nicht gegenwärtige Vater unter den

Digitized by Google

gegebenen Umständen das Darlehn genehmigen würde und die Genehmigung dann auch erfolgte, indem diese dann in zweifelhaften Lagen nur die Bedeutung eines väterlichen Zeugnisses dafür hat, daß der Sohn objectiv (vgl. L. 5. §. 2 D. de in rem verso. 15, 3 und nachher unter b.) im Sinne des Vaters gehandelt habe, und gewiß hat Justinian den ersten von ihm angegebenen Grund eben dieses Inhalts aus alten Juristen entlehnt. Außerdem würde aber das ohne den Willen des Vaters aufgenommene Darlehn an sich ein diesem gefährliches, auch im öffentlichen Interesse strafbares sein und die von dem vielleicht weichherzigen Vater dem Sohne nachher erklärte Zustimmung daran nichts ändern, so daß beide dem Gläubiger doch immer noch die exceptio SCti entgegensetzen könnten. Zwar ließe sich nun der vom Kaiser im Conditionalsatz blos gebrauchte unbestimmte Ausdruck si ... ratum habuerit auch allenfalls in dem Sinne einer dem Gläubiger erklärten Genehmigung verstehen. Aber mit den Worten vel (principali) consensui non absimilem scheint doch auch dem bloßen Consense dieselbe heilende Kraft beigelegt zu werden. Die Bezugnahme des Kaisers in dem zweiten Grunde auf seine Bestimmung über die Ratihabition von Schenkungen des Vaters an Kinder in seiner Gewalt (L. 25 C. de don. int. vir. 5, 16 vom J. 528) ist um so weniger am Ort, als hier nicht zur Frage steht, ob die Genehmigung iuris oder facti sei, jetzt oder mit Zurückbeziehung wirke, sondern ob sie über das eigene Recht des Vaters hinaus auch gegen das ius publicum wirksam sein könne. Jedoch — der Kaiser unterscheidet nicht, er erklärt ausdrücklich den genehmigten Contract des Sohnes für gültig und auch ein schlechtes Gesetz hat Geltung. Es ist damit eben so, wie mit der von ihm in §. 1 derselben Decision festgestellten Vermuthung, daß ein filiusfamilias miles das Darlehn nur zu castrensischen Zwecken verwende (!).

In dem Zugeständniß eines Peculium an den Sohn mit Verwaltungsbefugniß liegt aber, da der Vater damit vor Allem nur die Arbeitskraft desselben zur Vermehrung seines Vermögens benutzen will (weshalb es magis patris quam filii interest L. 3. §. 4 D. de minor. 4, 4), kein väterlicher Consens zu seinen aufgenommenen Darlehnen. Vielmehr machte, wie oben gezeigt (S. 70), die Annahme der rechtlichen Gültigkeit eines solchen Zugeständnisses den Sohn erst fähig, auch durch Empfang eines Darlehns einen gültigen Contract einzugehen und war damit die erste Voraussetzung dazu, ihn auch hinter dem Rücken des Vaters in gefährlicher Selbständigkeit gegen ihn schließen zu können, während die zugestandene allgemeine Administration nur den Sinn hatte, als Sohn dem Vater durch normale Geschäfte, also hier durch aufgenommene, dem Peculium dienliche Darlehne sein Vermögen vermehren zu helfen. Die Einführung der prätorischen actio de peculio erhöhte aber auch diese Gefahr für den Vater schon bei dessen Lebzeiten, insofern sie in dem Peculium einen Theil des Seinigen dem Gläubiger zur Befriedigung aussetzte, und wie wenig der Prätor dabei gemeint war, mit ihr dem Vater auch für mit Absehn von ihm selbständig geschlossene Darlehne (in mortem parentis), die ja dann eben so wohl möglich bleiben, einen Nachtheil zuzufügen, zeigt die von ihm gleichzeitig und im Gegensatz mit ihr eingeführte actio quod iussu, die allein den Vater aus dem Contract verpflichten sollte (oben S. 71). Doch hatte nun der Gläubiger nach dem Edict auch aus Geldarlehen des Sohnes überhaupt zugleich die actio de peculio. Nach diesem vorgefundenen Zustande konnte also die Meinung des Senats nur sein, daß dem Gläubiger aus einem Macedonischen Darlehn, wie selbst nach dem

Digitized by Google

Tode des Vaters, so auch schon bei seinen Lebzeiten die Klage als actio de peculio, wenn ein solches zugestanden war, gegen ihn versagt werden sollte [1]). Dieses sagen auch geradezu die Kaiser in L. 6 pr. C. h. t. (vom J. 246), Ulpian selbst für den Fall, daß die Geldstücke sich noch im Peculium befinden, in L. 9. §. 2 D. h. t. und für die actio gegen den Vater nach dem Tode des Sohnes, worunter nur die actio de peculio annalis verstanden werden kann, in L. 7. §. 10 D. h. t., indirect auch derselbe Jurist allgemein in L. 7. §. 11 ib., insofern er ein Mutuum an den Sohn mit Peculium als voluntate patris contractum und deshalb dem SC. nicht unterliegend nur dann anerkennt, wenn der Sohn es als Institor eines mit Vorwissen des Vaters betriebenen peculiaren Handels unverboten aufgenommen hat. Der vermeintliche Widerspruch gegen diese Stellen, den man in L. 18 D. h. t. mit L. 11. 12 D. de fidei. (46, 1) und in L. 12. §. 13 D. mand. (17, 1). L. 3. §. 4 D. de minor. (4, 4). L. 1 C. ne fil. pro patre (4, 13) hat finden wollen, ist von Windscheid (Pand. §. 373 Note 15) und Andern nicht überall durch befriedigende Erklärung derselben erledigt worden, weshalb wir in möglichster Kürze auf sie näher eingehen.

Die drei ersten Stellen, welche nach des Sohnes Tode eine gültige Verbürgung für die Haftung des Vaters (in der dann noch möglichen annalis actio de peculio) aus des ersteren Macedonischen Darlehn bezeugen, entsprechen dem gemeinen Rechte schon deshalb, weil die Verbürgung auch für eine blos natürliche Schuld gilt, welche ja die exceptio SC.ti übrig läßt, und so braucht hier nicht an eine blos auf die Bereicherung gehende actio de peculio (mit Windscheid) gedacht zu werden. In L. 12. §. 13 D. mand. (17, 1) führt Ulpian als gültiges Mandat zu einem vom Sohne non contra SC. zu empfangenden Darlehn an, wenn jener ex ea causa empfange, ex qua de peculio vel de in rem verso vel quod iussu pater teneretur, d. h. mit einer dieser Klagen wirksam verhaftet sein *kann* (welche Bedeutung auch dem Conjunctiv competat in L. 18. D. h. t. beizulegen ist) und zielt damit hinsichtlich der actio de peculio, da die auch erwähnte actio quod iussu consentierte Darlehne als bei ersterer auch gemeint ausschließt, am wahrscheinlichsten auf Darlehne im Interesse des Vaters oder auf den Fall der iusta ignorantia des Gläubigers, der den Sohn für sui iuris hielt. Die viel besprochene L. 3. §. 4 D. de minor. (4, 4) [2]) betrifft eigentlich gar nicht unsere Frage, sondern die, ob die in integrum restitutio auch minderjährigen Haussöhnen und insbesondere, ob sie dem Hausſohne auch in Peculiargeschäften wegen seines vermeintlichen Interesses am Peculium und mittelbar durch sie eben dieselbe auch dem Vater

---

[1]) Zu weit geht Dietzel S. 32, wenn er die dem Gläubiger gegen den Vater vom Senat versagte Darlehnsklage de peculio mit der Nichtzuständigkeit derselben wegen Delicten des Hausſohns vollständig paralleliſiert. Letztere folgte aus der Natur der actio de peculio selbst, erstere war nur Ausnahme und beruhte auch nur auf einer causa cognita gegebenen exceptio.

[2]) Vgl. Dietzel S. 57 ff. Ueber ältere Ausleger s. Schultings notae ad. Pand. Die Schwierigkeit des vermeintlichen Widerspruchs unserer Stelle mit L. 27 pr. D. eod., welche jene hauptsächlich beschäftigte, gehört nicht hieher; sie löst sich übrigens durch die einfache Bemerkung, daß L. 10 nur von dem Falle der Vertretung des vom Gläubiger belangten minderjährigen Sohnes durch den Vater spricht.

Digitized by Google

zu gestatten sei. Ulpian bejaht die erstere und verneint schließlich die letztere Frage, indem er alle den Sohn obligierenden und auch den Vater berührenden Contracte in Betracht ziehend, überhaupt von dem Princip ausgeht, daß dem Hausſohn nur, wenn er in Folge der Richtung, welche der Gläubiger seiner Klage mit dessen Belangung gibt, wirklich dabei interessiert sei, dann aber auch nur ihm die Restitution zukomme, und dieses auf die Contracte nach dem Unterschiede, ob er sie mit Geheiß des Vaters, wo dieser eine gewisse Aehnlichkeit mit einem Bürgen zu haben scheint, oder ohne solchen geschlossen hat, anwendet. Nur bei dem ersten Fall wird des Gelddarlehns an den Sohn speciell und als eine Ausnahme von dem Vorhergesagten machend gedacht. Hier trete ich nun, eine Emendation auch für durchaus nothwendig haltend, der Hauptsache nach und im Resultat der Erklärung Savigny (System VII. Beil. XVIII. S. 277 ff.) bei, nicht aber auch auf dem von ihm eingeschlagenen Wege. Vor Allem scheint es mir unerträglich hart, daß in der betreffenden Periode Si igitur filius conveniatur, postulet auxilium; si patrem conveniat creditor, auxilium cessat: excepta mutui datione; in hanc enim, si (filius) iussu patris mutuam pecuniam accepit, non adiuvatur nach der von Savigny vorgeschlagenen, das non versetzenden Emendation si (filius) non iussu patris mutuam pecuniam accepit, adiuvatur dieses letzte Wort ohne Weiteres auf die exceptio SC.ti Macedoniani und nicht auf die in int. restitutio, von der allein doch Ulpian in der ganzen Stelle handelt, bezogen werden soll. Selbst viel leichter scheint mir die Annahme, daß zwischen si und iussu (denn filius hat die Flor. nicht) ein drittes i = in mit filius ausgefallen und nachher non (als Sigle n) statt der nicht verstandenen Sigle sc = senatus consulto gesetzt worden ist. Damit verschwinden alle Schwierigkeiten und ermöglicht sich auch in einigen Nebenpuncten eine befriedigendere Erklärung. Die Ausnahme vom vorher Gesagten bei der mutuae pecuniae datio iniussu patris bezieht sich dann auf den Fall der Belangung sowohl des Vaters als des Sohnes und, entsprechend dem vorherigen auch unpersönlichen auxilium cessat, läßt Ulpian das Subject zu adiuvatur absichtlich weg, was er sonst, da beide, Vater und Sohn, vorher erwähnt waren, als guter Scribent, wenn er nur einen von beiden meinte, nicht durfte: beiden wird durch das SC. geholfen, so daß sowohl das postulare auxilium für den (hier schon durch das Civilrecht geschützten) Sohn, als das Cessieren desselben für den (hier doch nicht überhaupt hülflosen) Vater wegfällt. Auch bekommen dann in der unmittelbar folgenden Periode Proinde et si sine iussu patris contraxit u. s. w. diese Anfangsworte ihre richtigere Beziehung und es darf das et in ihnen, welches doch so deutlich auf das frühere Proinde si iussu patris obligatus sit als Gegensatz dazu zurückweist, nicht mit Savigny gestrichen werden. Dieser sieht nehmlich in ihnen nur eine Wiederaufnahme des unmittelbar vorher bei der Ausnahme Gesagten si non iussu patris mutuam pecuniam accepit und damit eine Bestätigung seiner Conjectur. Ueberblickt man aber den ganzen §. 4 nach dessen vorhin dargelegtem Zusammenhang und erwägt, daß contraxit doch wieder allgemein lautet und daher von der eben gemachten Ausnahme des einem Hausſohne gegebenen Gelddarlehns absieht, so schließt sich in Ulpians Sinne das Proinde et u. s. w. wieder an das von ihm Anfangs zur Entscheidung der Zweifelsfrage, ob dem Hausſohne auch in re peculiari und dadurch mittelbar auch seinem Vater die in integrum restitutio zu Gute komme, aufgestellte Princip — die verissima sen-

Digitized by Google

tentia existimantium u. ſ. w. an und beginnt deſſen Anwendung (wie ſchon gedacht) im offenbaren Gegenſatze zu dem erſten Falle des conſentierten Contracts (Proinde si iussu patris obligatus est u. ſ. w.) auch auf den umgekehrten zweiten, bei welchem das Peculium und die actio de peculio ausdrücklich zur Sprache kommt, ohne daß hier von dem ſchon vollſtändig berückſichtigten Falle des Darlehns an den Sohn (namentlich auch dem iniussu patris acceptum) wieder die Rede iſt. Man ſieht nun auch, weshalb der deutlich ſchreibende Ulpian bei der Ausnahme des Darlehns den Ausdruck iniussu patris, bei dem Gegenſatze des zweiten Proinde . . . contraxit gegen das erſte den sine iussu patris obligatus est gewählt hat. So weit er nun aber bei der Ausnahme des Darlehns auch auf eine Klage gegen den nicht conſentierenden Vater Rückſicht nimmt — in dem unperſönlichen allgemeinen senatusconsulto adiuvatur, welches auch auf si patrem conveniat creditor ſich bezieht — nimmt er auch eine Geltung des SC.s gegen die damit gemeinte actio de peculio an[1]). Eben ſo argumento a contrario Gordian in L. 1 C. ne filius pro patre (4, 13) nach der Leſung der Stelle in correcten Codexausgaben, wie von Herrmann und Krüger. (Dieſes gegen Dückers p. 72.)

b. Auch betrifft das SC. nicht ſolche Darlehne des Sohnes, welche er nach ſeiner Abſicht und thatſächlich nicht in ſeinem, ſondern in des Vaters Intereſſe aufgenommen hat, da dann objectiv alle Gegenſätzlichkeit ſeines Contracts gegen den Vater ausgeſchloſſen iſt[2]), weshalb hier auch auf das Wiſſen oder Nichtwiſſen des Gläubigers um dieſen Zweck nichts ankommt. Dahin gehören die Darlehne, mit denen der Sohn eine eigentliche in rem patris versio bezweckte und vornahm (patri enim non sibi accipit), z. B. des Vaters Schuld an einen Dritten bezahlte[3]), ihm Nothwendiges anſchaffte u. ſ. w., wenn er dieſes auch erſt hinterdrein that, weil er damit eine vielleicht urſprünglich andere Abſicht, die ja aber ihn ſelbſt nicht bindet, thatſächlich aufhob und bei der in rem versio erſt das Thatſächliche entſcheidet, wie ſie denn auch bei umgekehrt geänderter Abſicht nicht eintritt. L. 7. §. 12 D. h. t. vgl. L. 3. §. 1. L. 5. §. 3. L. 7. §. 5. L. 10 pr. §. 10 D. de in rem verso (15, 3). Das bloße Behalten der Geldſtücke in ſeinem Peculium würde zwar eine ſpätere versio in rem patris nicht ausſchließen (L. 5. §. 3 cit.), enthält aber an ſich eine ſolche oder auch nur die Abſicht einer ſolchen nicht, da das Peculium als Sondervermögen des Sohnes dem übrigen väterlichen Vermögen entgegengeſetzt iſt. L. 9. §. 2 D. h. t. vgl. L. 6 D. de in rem verso (15, 3). Irgend welche Conſumtion für ſich oder ſein Peculium, wohin namentlich die ununterſcheidbare

---

[1]) Ich habe die L. 3. §. 4 etwas ausführlicher behandelt, um das der ratio iuris allein entſprechende Reſultat der Savigny'ſchen Erklärung gegen die von Dückers p. 111—117, der die gemeine dem aus einem conſentierten Darlehn belangten Sohne die Reſtitution abſprechende Meinung feſthält, gegen ſie erhobenen meiſt begründeten Einwürfe zu ſichern.

[2]) Dieſes der wahre Grund, nicht nach Dietzel §. 8 S. 31. 52, daß die Römiſchen Juriſten die Worte des SC. qui filiosam. mutuam pecuniam dedisset ſo verſtanden hätten.

[3]) Ueber dieſes richtige Verſtändniß der L. 7. §. 12, welches z. B. auch Ryck S. 111 verfehlt, ſ. oben S. 134. War übrigens der Sohn ſelbſt ſeinem Vater ſchuldig und wollte dieſe Schuld durch Bezahlung des Gläubigers deſſelben abtragen, ſo wäre auch nicht in rem patris vertiert. L. 10. §. 7 D. de in rem verso (15, 3).

Digitized by Google

Vermengung mit Peculiargeld gehören würde, höbe aber selbst die Möglichkeit einer fernern in rem patris versio auf. L. 9. §. 2 cit. Eben so die Verwendung des Geldes zur Bezahlung einer Peculiarschuld oder zur Belegung eines Peculiarcapitals. L. 7. §. 12 D. h. t. vgl. L. 3. §. 5. L. 11 D. de in rem verso (15, 3). Hat er aber das Geld für den Vater geliehen und nachher nur nicht für andere Zwecke bestimmt, so wird nach der besonderen Natur des Darlehns auch schon in Folge der damit vom Sohne übernommenen Gefahr der Vater wie durch in rem versio verpflichtet, wenn die Geldstücke unmittelbar vor (impensurus L. 17 pr. cit.) oder bei der Verwendung zufällig untergehn, so daß dann das SC. auch ausgeschlossen wäre. L. 47. §. 1 D. de solut. (46, 3) vgl. L. 17 pr. D. de in rem verso (15, 3). Auch liegt eine beabsichtigte in rem patris versio darin, daß der Sohn mit dem Darlehn eine dem Vater nothwendig obliegende Ausgabe bestreiten wollte (in eam rem pecuniam accepit, quae oneribus patris incumberet) L. 2 C. h. t. Dabei ist nur in Acht zu behalten, daß der Sohn nicht den aufdringlichen Geschäftsführer seines Vaters spielen und daher in der Regel ihm auch nicht in irgend einer Beziehung das Urtheil über die Nothwendigkeit der Ausgabe überhaupt oder zur Zeit oder ihres Maßes, wenn sie nicht objectiv klar, oder die Ausgabe seinem Sinne jedenfalls entsprechend ist, beschränken darf. Sein regelmäßiges Zusammensein mit dem Vater weist ihn vielmehr an, in der Regel auch des Vaters Einwilligung einzuholen, so bald nur ein Zweifel darüber obwalten könnte, ob er auch in seinem Sinne handele. Darauf zielt auch außer dem über das testimonium paternum in L. 7 pr. C. h. t. und über L. 16 D. h. t. schon oben S. 162 Bemerkten, daß im Falle der Verwendung des Darlehns zur Bestellung einer profectitia dos (diese meint L. 17 D. h. t., wovon später) der Zusatz gemacht wird (L. 7. §. 5 D. de in rem verso (15, 3). L. 5. §. 8 D. de iure dot. 23, 3): quatenus avus pro nepte daturus fuit und (L. 9 D. de in rem verso 15, 3) si vero pater dotem daturus non fuit, in rem patris versum esse non videtur. Hinsichtlich der Bezahlung einer Schuld des Vaters würde das Darlehn des Sohnes zu diesem Zwecke auch nur gerechtfertigt und die Einrede des SC.s ausgeschlossen sein, wenn gegen die Einklagung der Schuld dem Vater keine Einrede zustand, weil die Zahlung nur dann eine nothwendige, ihn befreiende Ausgabe war. Nur dieses — womit Ulpian das vorher in L. 7. §. 12 D. h. t. gelegentlich und allgemein Gesagte näher bestimmt und beschränkt — kann der Inhalt folgender Stelle sein:

> L. 7. §. 14 D. h. t. Si filius accepit mutuam pecuniam, ut eum liberaret, qui, si peteret, exceptione non summoveretur, senatusconsulti cessabit exceptio.

welche auch wohl die Basiliken [1]) in diesem Sinne wiedergeben wollten, nur daß sie theils nicht sagen, daß von einem Gläubiger des Vaters die Rede sei, theils willkürlich die erste exceptio blos von der exceptio SC. Macedoniani, die Ulpian doch nachher von jener allgemeinen unterscheidet, verstehen, worin ihnen aber viele neuere Ausleger nachfolgen. Wir müssen aber zugestehen, daß die überlieferte Lesart wenigstens nach gewöhnlicher Sprechweise jenen Sinn nicht ergibt. Nach

---

[1]) 18, 4, 14. Heimb. II. p. 240. Καὶ ὅτε δανεισάμενος ὑπεξούσιος καταβάλλῃ ἑτέρῳ δανειστῇ μὴ ἐκβαλλομένῳ τῇ τοῦ δόγματος παραγραφῇ, ἀργεῖ τὸ δόγμα.

Digitized by Google

ihr soll ein Empfang des Darlehns dazu, daß der Sohn irgend einen wirklich klagberechtigten Gläubiger (wessen?) von einer Schuld frei macht, es dem SC. entziehen. Das ist Unsinn, auch wird durch die höchst gesuchte Annahme (Treitschkes im Deutschen Corpus juris), Ulpian habe Zahlung an den Gläubiger des Gläubigers im Sinne gehabt und damit sagen wollen, diese Befreiung des Gläubigers (d. h. des Vaters) von seiner Schuld sei so gut als wenn der Sohn diesem selbst gezahlt habe, ohne weitere Suppositionen nicht geholfen. So hat denn schon die Glosse (zu L. 1. §. 11 D. de exercit. 14, 1) liberare hier „uneigentlich" in dem Sinne vom Abfinden eines Gläubigers genommen; sie beruft sich für die Zulässigkeit dieses Sinnes unpassend auf L. 1 D. de acceptil. (46, 5), wo doch nur absolutio ab eodem nexu von Gläubiger und Schuldner zusammen gesagt wird, liberatio aber offenbar nur wie gewöhnlich auf den Schuldner geht, richtiger auf zwei andere Stellen, L. 6. §. 1 D. de neg. gest. (3, 5) von Julian: . . . ut creditorem tuum vel pignus tuum liberaret und L. 1. §. 11 D. de exerc. (14, 1) von Ulpian: Sed si ab alio mutuatus liberavit eum, qui in navis refectionem crediderat, puto etiam huic dandam actionem, quasi in navem crediderit. Und sollte auch die Lesart in der ersten Bedenken erregen, weil da das Wort bei pignus im gewöhnlichen Sinne steht, so rechtfertigt doch die zweite den „uneigentlichen" Gebrauch, der mir auch wegen des sinnverwandten dimittere creditorem (vgl. Dirksen manuale v. Dimittere §. 5) als ein möglicher erscheint, aber jedenfalls ein sehr ungewöhnlicher ist. Nähmen wir ihn aber auch für unsere Stelle an — schlimmer und unerträglich ist, daß Ulpian nicht sagt, *wessen* Gläubiger abgefunden sein soll und nach dem Wortlaut der Stelle, wie Dückers p. 163 seq. bemerkt, eher der des Sohnes verstanden werden könnte, worauf er selbst mit vielen Andern auch die Stelle bezieht. Er verwirft dann zwar mit Recht die gewöhnliche offenbar falsche Annahme, daß in der Bezahlung eines Gläubigers des Sohnes eine in rem patris versio liege (vgl. dagegen L. 11 D. de in rem verso (15, 3). L. 7. §. 12 D. h. t.); seine eigene Erklärung aber, das SC. trete hier nicht ein, weil der Fall materiell dem gleichstehe, wo der Sohn den Darleiher gleich an seinen Gläubiger habe zahlen lassen, also gar kein Geld in die Hände bekommen habe, ist um nichts besser, da der Sohn doch hier eben das Geld selbst und auch nur in seinem Interesse wirklich erhalten hat, ja auch schwerlich gesagt werden kann, es sei *ihm* nicht gegeben, wenn es auf sein Geheiß einem Dritten für ihn gegeben wurde (vgl. oben S. 50), endlich damit auch der Widerspruch mit den Schlußworten der L. 7. §. 12 cit. nicht aufgehoben würde[1]).

[1]) Sie lauten: Non tamen vertisse videbitur, si mutuam pecuniam acceptam patri in proprium debitum solvit: et ideo, si pater ignoravit, adhuc senatusconsulto locus erit. Dieses letzte konnte Ulpian nicht sagen, wenn hier die Einrede doch, obgleich angeblich aus einem andern Grunde wegfiel. Daran scheitert daher auch die Ansicht von Ryck S. 115, der auch einen abgefundenen Gläubiger des Sohnes versteht, bei dessen Bezahlung es sich nur nicht um eine Umgehung des SC.s handeln dürfe (?), und gegen einen Rechtsspruch bei Seuffert Archiv XI. 229, in welchem richtig eine Schuld des Vaters angenommen ist, polemisiert, die Rechtmäßigkeit eines Darlehns für deren Bezahlung aber daraus erklären will, daß dieses doch auch eine necessaria causa im Sinne der L. 47. §. 1 D. de solut. (46, 3) sei. Eben so im Wesentlichen auch viele Andere bei Dietzel S. 40 ff. (der selbst die Deckung einer Schuld, die ein in rem patris versum

Digitized by Google

Alle Liebesmüh um die L. 7. §. 14, wie sie jetzt lautet, ist verloren. Ich bezweifle nicht, daß der Text der Stelle an einem kleinen, aber alten Fehler leidet, der Weglassung der Worte ab eo hinter liberaret, wo sie wegen der Aehnlichkeit der Buchstaben ABEO mit ARET so leicht möglich war. Da nach dem Zusammenhange eum auf den unmittelbar vorher — in den Worten quam pater solebat subministrare — erwähnten Vater geht, so liegt dann bei Festhaltung der gewöhnlichen Bedeutung von liberare der oben von uns postulierte Sinn und eine zweifellose in rem patris versio vor[1]). Vgl. L. 10 pr. §. 1. L. 15 D. de in rem verso (15, 1). Daran schließt sich dann auch der mit hoc amplius in §. 15 angeknüpfte Fall des Ausschlusses des SC.s durch Ratihabition des Vaters natürlich an.

Mit Recht fassen aber die Kaiser in L. 2 C. h. t. mit den Worten in eam rem pecuniam accepit, quae oneribus patris incumberet, das Interesse des Vaters, in welchem die Darlehnsaufnahme geschieht, in seinem allgemeinen Sinne, auch über die unmittelbare in rem eius versio hinaus auf, wie dieser Sinn ja auch bei der actio de in rem verso gilt. Danach ist selbst gleichsam noch mehr als blos in rem patris vertiert, wenn das Darlehn für die Person des Vaters selbst, der sich sonst nicht helfen konnte, namentlich nach Justinians Bestimmung zum Loskauf desselben aus der Gefangenschaft (Nov. 115 c. 3. §. 13[2])) oder durch Abnahme seiner persönlichen, namentlich auch väterlichen Pflichten gegen andere Personen oder gegen den Sohn selbst aufgenommen wurde, was Alles Scävola (L. 47. §. 1 D. de solut. 46, 3) mit dem Ausdruck in necessarias causas zusammenfaßt. So, wenn der Sohn mit dem Darlehn für seine Tochter oder Schwester eine dos profectitia, die seinem Vater oblag, bestellte (L. 17 D. h. t. vgl. L. 7. §. 5. L. 8. 9 D. de in rem verso 15, 3), dem auch die Besorgung eines dem Vater obliegenden Begräbnisses gleichstehen würde; vgl. L. 7. §. 3 D. de in rem verso (15, 3). So auch, wenn der studiorum causa abwesende Sohn für seine eigenen persönlichen Bedürfnisse ein Darlehn aufnimmt, welchen Fall daher Ulpian (L. 7. §. 13 D. h. t.) selbst noch vor den der Bezahlung einer väterlichen Schuld (§. 14) stellt. Fügt er hinzu, der Ausschluß des SC.s gelte nur dann, si probabilem

---

gewesen, herausbringt). Aber auch an sich ist Rycks Rechtfertigung nicht haltbar. Sie würde auf die gefährliche und dem Römischen Recht fremde Annahme einer Pflicht des Vaters die Schulden seines Sohnes zu bezahlen hinauslaufen (Vgl. dagegen L. 1. 3. 4 C. ne filius pro patre 4, 13) und in fraudem SCti könnte doch nur die Schuld, welche mit diesem Gelddarlehn bezahlt wird, contrahiert sein. Die Bezahlung einer solchen schließen als unberechtigt freilich schon die ausdrücklichen Worte Ulpians aus.

[1]) Schon Perez Praelect. in Cod. 4, 28, 11 und Windscheid Pand. §. 373 Note 11 nehmen dieses Resultat an, aber freilich ohne zu sagen, wie es mit dem überlieferten Wortlaut der Stelle zu vereinbaren sei.

[2]) Man wird dieses als in rem versio allerdings nicht (vgl. Ryck S. 117) auf andere Fälle, z. B. auf Darlehn zur Alimentierung des armen Vaters ausdehnen dürfen. Nirgends kommt eine actio de in rem verso oder negotiorum gestorum wegen solcher Verwendungen vor, wie ich glaube, weil man meinte, die Handlung des Kindes könne hier nur auf Pietät zurückgeführt werden, welche jene Klagen ausschließt. Vgl. L. 27. §. 1. D. de neg. gest. (3, 5). Aber ein Darlehn des Sohnes zu diesem Zwecke würde nicht gegen das SC. sein.

Digitized by Google

modum in mutua (man lese: mutuando aus dem folgenden non, das nach do n̄ geschrieben war) non excessit, certe eam quantitatem, quam pater solebat subministrare, so entspricht auch dieses den Grundsätzen der actio de in rem verso (L. 3. §. 3 D. de in rem verso 15, 3) und hat er damit nicht sowohl die Wahrscheinlichkeit der Zustimmung des Vaters, als das objective Maß seiner Verpflichtung im Auge, welches er doch, wie schon oben bemerkt, zunächst selbst zu bestimmen hat, das aber in außerordentlichen, z. B. Krankheitsfällen auch weiter gehen kann. Eben so ist die pietas patris zu verstehen in L. 5 C. h. t. von Alexander:

> Macedoniani senatusconsulti auctoritas petitionem eius pecuniae non impedit, quae filiofamilias studiorum vel legationis causa alibi degenti ad necessarios sumptus, quos patris pietas non recusaret, credita est [1]): —

welche Stelle auch zeigt, daß der Fall der Abwesenheit wegen Studien als wohlbegründeter nur beispielsweise gemeint ist, indem ihr auch die in Besorgung öffentlicher Geschäfte, die im Bürgerthum des Sohnes liegen, gleichgestellt wird, daß aber auch theils eine Behinderung des Sohnes in Einheit mit seinem Vater handeln zu können, wie Wahnsinn, Gefangenschaft desselben, längere örtliche Trennung von ihm (L. 7. §. 2 D. h. t.), die dann in der Regel auch nicht eine eigenwillige sein darf, wie Flucht vor ihm, Wahl eines Berufs wider seinen Willen, theils auch eine Verwendung nur zu an sich nothwendigen Ausgaben im Sinne des Vaters wenigstens hinsichtlich des Maaßes wie bei der actio de in rem verso erforderlich ist, um das Darlehn vor dem Vorwurf der eigenwilligen Aufnahme gegen das Interesse des Vaters zu schützen [2]). Daher schließt z. B. das Darlehn einer Haustochter zur Anschaffung von Schmucksachen die Anwendung des SC.s keineswegs aus, obgleich sie diese dem Vater erwirbt und auch wohl brauchen kann. L. 9. §. 2 D. h. t. Noch weniger schützt das Darlehn vor dem SC. der bloße löbliche Zweck, der ja unstreitig z. B. auch darin liegt, daß der Hausſohn damit (aber ohne den Willen des Vaters) seine Tochter dotieren will [3]).

Wenn der Sohn Soldat geworden ist, so folgt an sich aus der Analogie der obigen Stellen, daß Darlehne, welche er in diesem Stande fern vom Vater zu seinem Lebensunterhalt oder sonst für nothwendige soldatische Zwecke aufgenommen hat, — mag er übrigens, wie regelmäßig der Fall sein wird, ein castrensisches Peculium haben oder nicht — dem Verbot nicht unterliegen, und nur solchen

---

[1]) Daraus, daß der Kaiser weiter sagt, die actio de peculio finde gegen den Vater nach dem Tode des Sohnes nur intra annum Statt, darf man nicht mit Ryck S. 115 eine Instanz gegen die Herleitung des zuerst Gesagten aus dem Gesichtspunct der in rem versio entnehmen. Der Kaiser antwortet auf mehrere verschiedene Anfragen, zuletzt auch auf eine den iussus patris betreffende.

[2]) Die Umstände, welche es rechtfertigen, muß natürlich, wie bei der actio de in rem verso der Gläubiger beweisen. Die dem richterlichen Ermessen zu deren Beurtheilung von Windscheid Pand. §. 373 Note 11 gegebenen Weisungen scheinen mir nicht ausreichend und theils zu eng, theils zu weit.

[3]) Auch ausdrücklich erwähnen hier die exceptio SC. Maced. zugleich mit der Bemerkung, daß die dos dann adventicia sein würde, die kürzlich aufgefundenen Fragmente eines Griechischen Commentars zu libri ad Sabinum (?) aus der spätern Kaiserzeit — wenn richtig gelesen. S. Rodolphe Dareste in Bulletin de corresp. hellénique T. IV. p. 456.

Digitized by Google

creditores castrenses gegenüber[1]) werden auch die ältern Juristen deren Ausschließung vom SC. behauptet haben[2]), vielleicht mit der Erweiterung zu Gunsten der militia, daß unter gewissen Umständen im Zweifel die Rechtmäßigkeit des Darlehns auch hinsichtlich der sonst von der Zustimmung des Vaters abhängigen Höhe desselben anzunehmen sei, also nicht auch z. B. wenn der Soldat das Geld zu Ausschweifungen oder zu seinem Lebensunterhalte, während er auf Urlaub beim Vater war, oder für sein anderes gewöhnliches Peculium oder für bürgerliche Unternehmungen daheim, wozu er das Geld verwandte, empfangen habe. Darauf deuten Justinians Worte in seiner Decision einer auf diesen Fall bezüglichen älteren Streitfrage L. 7. §. 1 C. h. t. nulla differentia introducenda, ob quam causam pecuniae creditae vel ubi consumptae sint[3]). Ob die älteren Meinungsverschiedenheiten mit der zusammenhingen, daß Manche das castrensische Peculium nicht auch für nicht castrensische Schulden haften lassen wollten (L. 7 D. de castr. pec. 49, 17), ist nicht mehr zu erkennen. Justinian, der in der ganzen Stelle nur filiifamilias privati und milites entgegensetzt, ohne an ein Peculium nur mit einem Worte zu erinnern, will aber, daß bei den letzteren weder auf väterlichen Consens noch auf den Zweck und die Verwendung des Darlehns etwas ankommen solle, sondern stellt die alle Beweisverwickelungen abschneidende Präsumtion auf, daß der Hayssohn das Darlehn nur zu castrensischen Zwecken empfange und verwende, womit er denn allerdings (dies erwähnt der Kaiser ausdrücklich), wie in manchen andern vermögensrechtlichen Beziehungen, auch hinsichtlich des Ausschlusses des SC.s beim Gelddarlehn einem paterfamilias gleichgestellt wird. Mit Recht wird man die Weisheit dieser Decision auch in diesem §. 1 bezweifeln, da gerade z. B. garni-

---

[1]) Ihnen (L. 1. §. 9 D. de separ. 42, 6) sind die non castrenses in L. 7 D. de castr. (pec. (49, 17) entgegengesetzt. Die castrenses mit Fitting castr. pec. S. 159 ff. so zu bestimmen, daß es Gläubiger bedeute, ‚deren Forderungen mit dem castrense peculium zusammenhängen oder sich darauf beziehen', scheint mir nicht genau richtig. Verpflichtet wird ja der Hayssohn durch seine Contracte auch ohne alle Rücksicht auf irgend ein Peculium, und dann möglicher Weise castrensisch, wenn er als Soldat contrahiert und ein castr. pec. hat, oder sonst nicht castrensisch und nur auch sein Vater neben ihm de peculio, wenn er dem Sohn ein gewöhnliches Peculium zugestanden und dieser in Beziehung darauf also nicht als Soldat contrahiert hat.

[2]) Auch geht darauf die Stelle aus Mäcian L. 18. §. 5 D. de castr. pec. (49, 17) Sed nec cogendus est, pater (dieses Wort ist aus dem unentbehrlichen ppter = propter verderbt, während es des pater als nach dem vorhergehenden patri selbstverständlichen Subjects nicht bedarf) aes alienum quod filius peculii nomine, quod in castris acquisiit, fecisse dicetur, de peculio actionem pati. Mäcian setzt dabei nicht einen Hayssohn, der auch ein gewöhnliches Peculium hat, voraus, wie Fitting das castr. pecul. S. 159 willkürlich annimmt. Er beschränkt aber seinen Ausspruch auf Schulden hinsichtlich eines castr. pec., das mitunter auch an den Vater zurückfällt, theils weil die actio gegen den Vater de peculio Peculiarschulden (nur da bei einem gewöhnlichen Peculium) voraussetzt, theils weil der Vater wegen gewöhnlichen aes alienum peculiare schon durch das Senatusconsult geschützt wäre.

[3]) Nehmlich ob domi oder militiae. Auf die wirkliche consumtio kam es an, wenn der Sohn etwa nach dem Empfang des Geldes seine Absicht änderte. Vgl. L. 7. §. 12 D. h. t.

Digitized by Google

sonierende Soldaten häufig schlechte Darlehnsschulden machen. Der Sinn der Decision ist aber kein anderer und man kann nur solche Darlehne, die der Sohn für ein gewöhnliches Peculium macht, das er aber selten genug noch neben dem castrensischen haben wird, als von Justinian nicht mit gemeint, mit Recht ausschließen, weil der Kaiser an Peculien überhaupt ausgesprochener Weise nicht denkt. Damit ist aber die Gefahr für den Vater keineswegs vollständig abgewandt. Die gegen diesen Sinn erhobene Instanz der großen Unwahrscheinlichkeit, daß der Kaiser das sonst von ihm beschränkte Privilegium der filiifamilias milites hier erweitert habe, scheitert an der eigenen Erklärung desselben, daß er hier eine solche Erweiterung wolle, die aber — im Erfolg vielmehr eine Beschränkung durch Verlust einer Einrede ist [1]).

4. Aus der Strafnatur des Verbotes des SC.s in Verbindung mit seiner Schlußäußerung ut scirent creditores u. s. w. folgt, daß es auch nur dann eintritt, wenn der Darleiher wußte oder doch bei Anwendung der jedem Geschäftsmann nach dem Maßstabe der L. 6 D. de iur. et facti ign. (22, 6) zuzumuthenden Vorsicht wissen konnte, daß der Empfänger Haussohn sei (L. 19 D. h. t.), oder umgekehrt ausgedrückt, daß es dann wegfällt, wenn er in unverschuldetem Irrthum glaubte, daß der Empfänger sui iuris sei. L. 3 pr. §. 1 D. h. t. Denn als eine ursprünglich aus einer Mult hervorgegangene Strafe will auch die des SC.s nur einen bewußt Schuldigen treffen (vgl. Multa und Sacramentum S. 44); Pupillen und Minderjährige, so fern sie überhaupt ein Darlehn geben können, schützt aber vor dieser nach dem früher Bemerkten (oben S. 159) schon ihr Alter, den Minderjährigen allerdings nur, wenn nach untersuchter Sache bloßer Leichtsinn seinen Irrthum entschuldbar macht (sed in minore causa cognita est (so ist statt at zu lesen) a praetore succurrendum) L. 3. §. 2 D. h. t. Da jeder regelmäßig (denn auch eheliche Geburt bildet die Regel) an sich als alieni iuris geboren wird, und der Nichteintritt oder die Aufhebung der väterlichen Gewalt auf einem besondern Umstande beruht, so muß auch der Gläubiger im Allgemeinen jene Eigenschaft seines Contrahenten voraussetzen und wenn er einen gerechten Irrthum als Grund eines gerechtfertigten Darlehns behauptet, diesen beweisen. L. 1 C. h. t. Rechtfertigungsgründe seines Handelns sind aber jedenfalls nicht Rechtsirrthum, z. B. daß er glaubte, ein gewisses Alter oder irgend eine amtliche Stellung befreie von der väterlichen Gewalt, oder daß er der bloßen Versicherung des Nachsuchers oder irgend eines Dritten, daß jener sui iuris sei oder mit Zustimmung seines Vaters oder in dessen Interesse contrahiere, unbedachter Weise ohne Weiteres glaubte. L. 3 pr. D. L. 1 C. cit. Auch darf die Frage nach den persönlichen nachtheiligen Wirkungen des Betrugs, dessen der Empfänger oder ein Dritter sich gegen ihn schuldig machte — wovon später — mit der hier vorliegenden des gerechtfertigten Irrthums nicht vermengt werden [2]), weshalb L. 10 D. de re iud. (42, 1) nicht hieher gehört. Dagegen würde der Darleiher gerechtfertigt sein, wenn der Nachsuchter im Publicum allgemein und nicht ohne scheinbare Gründe (wenn auch Einzelne

---

[1]) Ueber die ganze Streitfrage vgl. Dückers p. 117 seq. Windscheid Pand. §. 273 Note 6. Ryck S. 112 ff. und besonders Fitting a. a. O. S. 165—173.

[2]) Davon wie von diesem ganzen Ausschließungsgrunde des SC.s handelt im Ganzen befriedigend Dückers §. 23 p. 142 seq.

Digitized by Google

es besser wußten) für gewaltfrei galt, indem er in seinem ganzen Rechtsleben als ein solcher handelte, z. B. bei seiner Verehelichung, seinen Contracten, Processen, bei Tragung öffentlicher Abgaben (L. 3 pr. cit. vgl. L. 3 D. de offic. praet. (1, 14) L. 30. §. 3 D. de acq. her. 29, 2), und hierbei kann dann auch das höhere Alter des Nachsuchers und die Notorietät des Todes seines Vaters oder die seiner Emancipation in Betracht kommen: der Beweis, daß der Kläger die Wahrheit doch gewußt habe, würde dann dem Beklagten obliegen [1]). Daß aber der Gläubiger die Freiheit von der Gewalt auch auf Grund einzelner vertrauenswerther, also öffentlicher Zeugnisse durch Urkunden oder Personen mit Recht annehmen darf, ist auch aus L. 3. §. 1 D. h. t. zu schließen, wonach er einen Staatspächter mit Recht für sui iuris hält. Er vertraut dann den Staatsbeamten, die, wie diese Stelle zeigt (vgl. L. 2. §. 1 D. de pollicit. 50, 12), nur einen Gewaltfreien zu solchen Contracten zulassen durften. In dieser Weise könnte er denn auch der Täuschung durch den Hausſohn, der ihm z. B. einen öffentlichen gefälschten oder unwahren Schein über den Tod seines Vaters vorzeigte, so glauben, daß sein Darlehn zu Recht bestände. Daß wenn von Correalgläubigern auch nur einer wußte, der Darlehnssucher sei Hausſohn, der Contract, der nicht zugleich ein erlaubter und unerlaubter sein kann, bei der stärkern Macht des Prohibitivgesetzes ein verbotener bleibt, ist schon bemerkt worden.

Wenn nun aus Mangel eines der entwickelten vier Erfordernisse das Verbot des SC.s von vornherein wegfällt, so versteht es sich von selbst, daß auch weder für den Vater noch für den Sohn oder einen Dritten eine Wirkung desselben eintreten kann. Anders kann es sich bei Gründen verhalten, welche hinterdrein eintreten und die Wirkungen des Verbots aufheben. Dieses läßt sich, wie später zu zeigen sein wird, auch nur theilweise denken [2]).

B. Wirkungen des Verbots.

1. Diese bestehen, da der Senat nur das Unheil aus der Geltendmachung der gedachten Contracte gegen den Willen der Schuldner abwehren wollte, nicht in einer Vernichtung des Contracts selbst, — zu einer solchen ipso iure = Wirkung wäre damals selbst die Macht des Senats sehr fraglich gewesen (Gai. 1, 4) — aber auch nicht in einer Erklärung, daß Recht und Verpflichtung aus dem Contract an sich der Billigkeit widerstreite — es ist ja nichts so billig, als daß der in obligatorischer Absicht Bereicherte diese Bereicherung auch zurückgebe — die Sanction des SC.s beschränkt sich vielmehr auf die Anweisung der rechtsprechenden Obrigkeiten, dem Gläubiger die Klage d. h. die Durchsetzung seiner Forderung im Rechtswege aus dem Contract zu versagen — selbst nach dem Tode des Vaters, also schlechthin — was aber, eben weil damit die Wirksamkeit des Contracts ipso iure anerkannt war, nur durch Verleihung einer Einrede gegen die an sich, ipso iure oder nach dem Edict, zuständige Klage aus dem Contract geschehen konnte [3]). Dieses

[1]) Vgl. Ryck S. 119.

[2]) Die Vermengung beider Arten von Aufhebungen oder, wie man gewöhnlich sagt, von Ausnahmen hat oft auf irrige Auffassungen und selbst auch Entscheidungen geführt. Vgl. Dietzel S. 108 ff.

[3]) Am verwandtesten hiermit ist die Auffassung von Dietzel S. 104. — Wenn der

Digitized by Google

ist die exceptio SC. Macedoniani, so genannt, weil ihre Substanz, d. h. ihr Rechtsgedanke vom SC. und nicht vom Prätor und seinem Edict herrührte (Gai. 4, 118), der sie vielmehr im Gehorsam gegen das SC. geben mußte. Da nun aber der Senat diese Art von Darlehn, den Gesichtspunct ihrer Gemeingefährlichkeit und Unerlaubtheit festhaltend, um sie damit möglichst zu verhindern (prohibere §. 7 I. quod cum eo 4, 7), des wichtigsten Theils ihrer Rechtswirkung der Sache nach beraubt hatte, so erklärt sich, weshalb die Juristen in ihren Commentaren zum Edict und also auch der Prätor in ihm von dieser Modification des Rechts der civilrechtlichen res creditae bei diesen und nicht in der Lehre von den Exceptionen gehandelt haben, wo nur das Processuale, das allgemeine Versprechen der Einrede nach ihrer Form (nehmlich si in ea re nihil contra SC. Mac. beziehungsweise in fraudem SC. Mac. factum est) vorkam [1]). Uns interessiert natürlich nur noch das erstere materielle Recht dieser Einrede [2]).

Senat nicht die exceptio selbst gab oder formell sie zu geben die Obrigkeiten anwies (L. 7. §. 10 D. h. t. spricht nur materiell und folgerungsweise), sondern seinen Willen der Gewährung derselben an den Beklagten in die Ausdrucksweise ne cui actio petitioque daretur einkleidete, so geschah dieses hier und in andern Fällen (Tit. D. quarum rerum actio non datur 44, 5 vgl. mit L. 1 §§. 1—4. 6—12. L. 2 ib.) deshalb, weil er selbst keine Jurisdiction, überhaupt keine Executive hatte und damit in das Amt des Prätors formell eingegriffen hätte, dem das Processuale nach dem Auftreten eines Bürgers mit einer ihm formell (ipso iure) meist vom Prätor unabhängig zuständigen actio oder petitio ausschließlich zukam. Diese actio ist aber an sich außer einiger Maßen (im Edict) bei prätorischen Klagen (vgl. Gai. 4, 112) noch nicht jurisdictionell und processual, das wird sie erst als data formula und zwar damit als wirkliche actio auch nur, wenn der Prätor keine exceptio in sie stellt (darüber vgl. Lenel Urspr. und Wirkung der Except. §. 2). Im Munde des Senats hat also das ne cui actio petitioque detur (in L. 9 §. 2 D. h. t. und §. 7 I. quod cum eo (4, 7) mit denegatur actio wiedergegeben) von selbst den Sinn, daß der Prätor nicht das agere und petere durch seine Macht zu einem processual wirksamen machen soll. Dieses ist in der Streitfrage zu berücksichtigen, ob nicht, wie jetzt die Meisten irrig annehmen, der Prätor nach dem SC. dann, wenn die Thatsachen des Verbots vor ihm schon klar vorlagen, die Klage verweigert habe, anstatt die exceptio zu geben. Vgl. darüber Dückers p. 37 seq. Man hat sich hier durch L. 9 pr. D. de iureiur. (12, 2) irre führen lassen, indem man nicht bedachte, daß diese Stelle von einer vom Prätor verheißenen Klageversagung und zwar auch hinsichtlich einer prätorischen Klage (actio iurisiurandi) spricht (L. 7 D. eod.), in dessen Munde allein das actionem non dabo auch von der formellen Klageverweigerung, d. h. Nichtertheilung der formula und des iudicium verstanden werden kann. Nur da hat also auch der gemachte und durch die L. 9 pr. selbst bezeugte Unterschied seine Wahrheit. Umgekehrt hat man die Natur unserer exceptio als einer causa cognita zu gebenden und daß in den Quellen von einer prätorischen denegatio nur bei ihr, nicht bei der actio die Rede ist, nicht beachtet.

[1]) Vgl. Rudorff Edictum perpet. §. 290 p. 243.

[2]) Es wird nicht überflüssig sein, hier gelegentlich zu bemerken, was auch schon bei der exceptio non numeratae pecuniae hätte geschehen können, daß nach der modernsten Ansicht von Exceptionen wie von Actionen im heutigen Römischen Recht nicht mehr die Rede sein soll. Wie wir statt der Actio nur noch das Vorbringen der vom Staat gegebenen durchsetzbaren Rechte hätten, so gebe es für die Vertheidigung mit Wegfall des Gegen-

Digitized by Google

Schon wegen der nothwendigen Berücksichtigung etwaiger fraus SCto facta, aber auch allgemein nach der Natur solcher Einreden aus Senatusconsulten mußte sie vom Prätor causa cognita versprochen werden (vgl. Gai. 4, 118. Zeitschr. f. RG. XIII. S. 324), und ergab sich aus der causae cognitio — gelegentlich erwähnt in L. 3. §. 2 D. h. t. — daß gar kein vom SC. betroffenes Darlehn vorliege oder daß der Kläger sich gerechter Weise über den Stand des Hausſohnes geirrt habe, so verweigerte er die exceptio — denegabitur exceptio (L 1 C. h. t. vgl. L. 9 pr. D. h. t.) — welchen Sinn denn auch wohl das cessat exceptio (L. 7. §. 14 D. h. t.) und das häufige cessat Senatusconsultum hat. Schon im spätern Römischen extraordinären Proceß ist der Unterschied zwischen Exceptionen, die ex edicto und nur causa cognita ertheilt werden, weggefallen (vgl. §. 7 I. de except. 4, 13 mit Gai. 4, 118) und so könnte man fragen, ob jetzt, wo unserem magistratualen Richter für die Streitsache die Functionen des Prätor und des Judex zugleich zufallen, er nicht schon von Amtswegen nach dem SC. eine Klage abweisen müsse, aus deren Inhalt sich ergibt, daß sie gegen das SC., also aus einem unerlaubten Geschäft angestellt sei. In der That ist dieses von Manchen behauptet worden[1]), jedoch nur aus Mißverständniß der Vorschrift des SC.s ne cui actio petitioque detur. Eben weil der Senat damit nur meint, daß die processuale Verfolgung des Rechts aus dem verbotenen Darlehn durch eigentliche exceptio entkräftet werden solle, und in deren privatrechtlicher Natur es liegt, daß sie nur auf postulatio gegeben und wenn diese vor dem Prätor versäumt worden, zwar als perpetua noch vom Judex, aber doch auch nur auf Verlangen des Beklagten berücksichtigt werde, darf unser Richter als Vertreter, sei es des Prätor oder des Judex, sich nicht herausnehmen, von Amtswegen sie zu supplieren und damit in Wirklichkeit die vom Senat formell zugelassene Klage in eine civilrechtlich unzulässige umzudeuten. Der Senat hat damit den vollen Schutz des Vaters und wer sonst aus dem Darlehn haftet, in dessen eigene Hand gelegt; über diesen hinauszugehen, konnte eben so wenig seine Absicht sein, als ihm zu verwehren, die Schuld freiwillig zu bezahlen.

2. Die exceptio ist perpetua (L. 9. §. 4 D. h. t. Gai. 4, 121), sie findet nach den Worten und der Absicht des SC.s gegen jede actio und petitio Statt,

---

satzes von Prätor und ipsum ius auch nur noch Abläugnung des Klaggrundes. Abgesehen davon, daß diese Schrift der Lehre des Römischen Rechts vom Darlehn nach ihrer ganzen geschichtlichen Entwicklung gewidmet ist, kann ich auch die bezeichnete Absicht selbst im theoretischen und praktischen Interesse nicht theilen, sondern halte an der älteren Ansicht fest, wonach ungeachtet aller neueren processualen Aenderungen auch jetzt noch wie nach unsern Römischen Rechtsquellen das Klagrecht als der Person für gewisse Rechte im Fall der Bestreitung verliehenes besonderes Recht anzuerkennen ist und ebendamit auch das Exceptionsrecht, welches sich nicht blos durch seine secundäre Natur, indem es einen Klagangriff voraussetzt, sondern auch durch seine Selbständigkeit in der Person des Beklagten, der damit als einem von der Begründung der Klage unabhängigen neuen Vertheidigungsmoment die letztere entkräften kann, sich kennzeichnet. Es wird aber nicht erwartet werden, daß wir diese Ansicht gegen die neuere hier nur gelegentlich rechtfertigen, wenn wir von der ersteren ausgehn.

[1]) Vgl. die Citate bei Glück Pand. XIV. S. 346. Schwanert Naturalobl. S. 346. Dückers p. 43 seq.

Digitized by Google

mit der unmittelbar oder mittelbar, also z. B. auch wegen der Zinsen (L. 1 pr. D. h. t. fenerarent) oder auf eine Pön wegen nicht geschehener Zahlung das Recht aus dem verbotenen Darlehn verfolgt wird, sei es gegen den Hausſohn ſelbſt als ſolchen oder nachdem er sui iuris geworden (L. 7. §. 10. L. 9. §. 4. L. 11 D. h. t.), mag er auch in fremdem Intereſſe als institor contrahiert haben, (L. 7. §. 11 D. h. t.), oder gegen den Vater als actio de peculio (ſ. oben S. 162). Auch iſt ſie, weil ſie wegen der öffentlich gefährlichen Thatſache des einem Hausſohn gegebenen Darlehns ertheilt wird, rei cohaerens L. 7. §. 1 D. de except. (44, 1), ſo daß ſie auch dem Erben und gegen den Erben (L. 7. §§. 6. 10 D. h. t.) und den Bürgen und Mandatoren zuſteht (L. 7. §. 1 cit. L. 9. §§. 3. 4 D. h. t.); folgeweiſe auch den Beſitzern der für das Darlehn gegebenen Pfänder, alſo gegen die actio hypothecaria. L. 2 D. quae res pign. (20, 3). Mit Rückſicht auf dieſe verſchiedenen Klagen, welche durch ſie ausgeſchloſſen werden, bedient ſich der Senat des Ausdrucks actio petitioque, worin neben der allgemeinen actio, die auch die b. f. actio gegen den Mandator begreift, die petitio ſich insbeſondere auf die condictio aus dem Darlehn ſelbſt oder der Stipulation und die hypothekariſche Vindication des Pfandgläubigers ſich bezieht. Endlich muß ſie, da der Strafwille des Senats die Beitreibung ſchlechthin verwehrt, die ſchließlich doch auch noch in der Execution liegt, allen, denen ſie zuſteht, noch gegen die actio iudicati ertheilt werden, wenn ſie vorher verſäumt oder, was, wie wir ſpäter ſehen werden, ungültig ſein würde, darauf verzichtet wäre. L. 11 D. h. t. Obgleich nehmlich das richterliche Urtheil, wie vorher ſchon und unmittelbar die litis contestatio, novierend auf die urſprüngliche Obligation wirkt und nicht etwa blos die Obligation als klagbare, ſondern das ganze Obligationsrecht, ja eigentlich nur die Obligation an ſich ergreift, da durch das Recht zu litis contestatio und Urtheil (das Klagrecht) ihre Eigenſchaft als civilis obligatio erſt ſich ergibt, ſo verkannte man doch die an ſich nur formale, die Obligation nur als ſtreitige betreffende Natur dieſer proceſſualen Einwirkungen auf das vom Staat klagbar gemachte Recht, wodurch deſſen natürlicher Inhalt nur auch im Rechtswege erzwungen werden ſollte, und den dabei materiell bleibenden urſprünglichen Grund des natürlichen Rechts nicht, und wie ſchon der Grundſatz, b. f. und dann omnia iudicia esse absolutoria (Gai. 4, 114), die Fortdauer des Pfandrechts nach der litis contestatio, die Möglichkeit für die Schuld des Sclaven nach Belangung des Herrn noch einen Bürgen zu ſtellen (L. 50. §. 2 D. de pecul. 15, 1) und Anderes hierauf beruhten, ſo faßte auch der Senat bei ſeiner Vorſchrift ne actio detur eben dieſe Seite der materiell fortdauernden urſprünglichen Obligation ins Auge. Im Einzelnen iſt noch Folgendes bemerkenswerth.

Hatte der Sohn bei der Aufnahme des Darlehns [1]) ein caſtrenſiſches Peculium, was im Ganzen mit ſeinem Eintritt in den Soldatenſtand anzunehmen iſt, ſo fällt nach dem Obigen (S. 146. 170), weil er Soldat war, ſeit Juſtinians

---

[1]) Daß der ſpätere Erwerb eines ſolchen Peculium für ein vor dem Soldatenſtand erhaltenes Darlehn gleichgültig iſt, ſollte ſelbſtverſtändlich ſein; doch haben Manche die L. 1. §. 3. L. 2. cit. auch dann anwenden wollen. Die richtige Anſicht ſ. bei Dückers p. 116 seq. Fitting das castr. pecul. S. 164 ff.

Digitized by Google

Decision das SC. überhaupt weg, wenn er das Darlehn nicht etwa, wie bereits bemerkt, ausdrücklich für ein s. g. peculium profectitium, welches er daneben hatte, aufnahm[1]). Doch würde der Gläubiger seine Realexecution, so lange der Sohn in der Gewalt steht, auf das Peculium beschränken müssen neben dessen andern Gläubigern. Dieses ist im Justinianischen Recht der Sinn von L. 1. §. 3 fin. D. h. t. (Ulp. lib. 29 ad ed.):

> . . . nisi forte castrense peculium habeat; tunc enim senatusconsultum cessabit:
>
> L. 2 eod. (Idem lib. 64 ad ed.) usque ad quantitatem castrensis peculii, cum filiifamilias in castrensi peculio vice patrum familias fungantur.

Auf den Betrag des Peculium kommt es aber wie bei der gewöhnlichen actio de peculio[2]) zur Zeit des Urtheils oder hier vielmehr der Execution an, weil es in der Natur jedes Peculium als eines Vermögens liegt, zu wachsen und abzunehmen. L. 40 D. de pecul. (15, 1). L. 3 D. quando de pecul. (15, 2)[3]). Wäre aber der Sohn inzwischen gewaltfrei geworden, so würde auch diese Beschränkung wegfallen und auch vorher der vom castrensischen Peculium nicht gedeckte Rest vom Vater de peculio, wenn der Sohn ein gewöhnliches hatte, ohne Einrede eingeklagt werden können. So modificiert sich der Sinn jener Stellen nach Justinians Decision in L. 7. §. 1 C. h. t., sofern sie als Decision auch ein nicht consentiertes Darlehn an einen filiusfamilias miles als solchen ohne alle Erwähnung des castrensischen Peculium, an dem es allerdings ihm gänzlich fast niemals fehlen wird, dem SC. schlechthin entzieht: Ulpian verstand wohl das usque ad quantitatem castrensis peculii in L. 2 D. cit. noch auch im Gegensatz zu dem nach Aufhebung der Gewalt erworbenen Gut[4]).

Schwierig ist die Frage, wie es im Falle eines peculium quasi castrense

---

[1]) Dieses folgt auch daraus, daß der Hausſohn mit einem castrense peculium duplex ius sustinet patris et filiifamilias (L. 15. §. 3 D. de castr. pec. 49, 17), vgl. oben S. 171. Daß dem Vater gegen die actio de peculio (die gewöhnliche) die Einrede des SC.s zustehen würde, hat schon Seuffert Pand. §. 312 mit Recht angenommen, obgleich Dückers ib. sich dagegen erklärt.

[2]) L. 30 pr. D. de pecul. (15, 1). L. 53 D. sol. matrim. (24, 3). L. 7. §. 15 D. quib. in caus. in poss. (42, 4). So auch, wenn Jemand sich für des Vaters Peculiarschuld verbürgt hat. L. 35 D. de fideiuss. (46, 1). Eine Ausnahme macht nur die actio constitutoria, wenn der Herr oder Vater oder ein Dritter das, was jene de peculio des Sclaven oder Sohnes schuldig sind, constituiert haben. Denn da der Constituent nur die Zahlung der Schuld feststellt und damit deren Gegenstand jetzt fixiert, nicht die Schuld (hier des Peculium) selbst auf sich nimmt, wie der Bürge, so kann seine Zusage nur auf die zur Zeit derselben vorhandenen Peculiarzahlungsmittel bezogen werden und des Vaters Verpflichtung aus diesem Grunde bildet auch keinen Abzug vom Peculium. L. 1. §. 8. L. 19. §. 2. L. 20 D. de const. pec. (13, 5). Eine unrichtige Begründung gibt Girtanner Bürgschaft S. 58. Uebrigens vgl. unten S. 187.

[3]) Ohne Grund beschränkt Dückers p. 116 seq. die Klage auf den Betrag des Peculium zur Zeit des Darlehns.

[4]) Nachweisungen über die verschiedenen Ansichten zugleich für das im Text Folgende s. bei Windscheid Pand. §. 373 Note 6.

Digitized by Google

und von bona adventitia zu halten sei. Auf beide bezieht sich Justinians Decision nicht. Sie auf das erstere auszudehnen, geht bei einem persönlichen ius singulare nicht an. Thut man dieses nun nicht, so würde das SC. wegen eines Darlehns auch an einen Hausſohn mit q. castrense peculium, seinem persönlichen Stande nach Platz greifen, jedoch weil der Sohn auch für dieses Peculium als paterfamilias gilt, aus diesem Grunde dem Gläubiger vom Sohne keine Einrede entgegengesetzt werden können, wenn er seine Klage und Execution gegen ihn auf den Betrag des Peculium beschränkt, billiger Weise gleichviel ob während oder nach Aufhebung der Gewalt, wenn der Schuldner auch nach dieser mehr Vermögen erworben hätte, da dieses doch nicht zu jenem Peculium gehört. Daß gewöhnliche bona adventitia, an welchen dem Vater der Nießbrauch mit Verwaltungsbefugniß zusteht, am Rechte des SC.s nichts ändern, wird mit Recht fast allgemein angenommen [1]). Das s. g. peculium adventitium extraordinarium oder irregulare setzen Viele dem peculium quasi castrense gleich, weil der Sohn daran dasselbe Recht habe und hinsichtlich desselben nur zufällig nicht für einem paterfamilias gleichstehend erklärt werde [2]). Dieses scheint aber eben so unrichtig, als daß man den Nichtgebrauch des Ausdrucks peculium in den Quellen für alle bona quae liberis acquiruntur gemeinhin als gleichgültig ansieht. Diese dem Kinde von der spätern Gesetzgebung zugewiesenen Erwerbe haben bei diesem, obgleich auch eine Gesammtheit als bona, doch nur eine ruhende, in Beziehung auf das Kind fast unpersönliche und nur gegen den Vater negative Natur. Sie sind vom Vermögen des Vaters gesondert nicht, wie das peculium, um der auch zu vermögensrechtlicher Thätigkeit befähigten Person des Kindes willen [3]) — das gewöhnliche im Interesse des Vaters nur privatim von ihm selbst und factisch, das castrense im Interesse des Sohnes von der Gesetzgebung und mit bis zur Selbständigkeit der Verfügung eines paterfamilias gesteigertem Rechte desselben — sondern nur in Abwehr gegen den Vater als das civilrechtlich frei schaltende Haupt der Familie, zu Gunsten der einstweiligen bloßen Naturseite des Kindes als von eben dieser auswärts (der Mutter, mütterlichen Verwandtschaft, Ehe, Freundschaft) dem Kinde zufallende und ihm bis zu seiner rechtlichen Selbständigkeit der Substanz noch zu erhaltende Erwerbe, an denen des Vaters Recht deshalb mehr oder weniger ausgeschlossen sein soll. Scheint dieses Recht denn auch bei den s. g. irregulären Erwerben dieser Art im Resultat vollständig dem Kinde zustehen zu sollen, so ist dieses doch wirklich immer nur in der Absicht des völligeren Ausschlusses des Vaters davon auch hinsichtlich des Fruchtgenusses und der damit verbundenen Verwaltung der Fall und

---

[1]) Doch ist anderer Meinung Dietzel S. 121, nach dem auch hier bis zum Belauf der bona die Einrede wegfällt und nur die Zahlung aus ihnen nicht ohne Willen des Vaters geschehen soll.

[2]) Vgl. die Citate bei Glück Pand. XIV. S. 349 ff. Schwanert Naturalobl. S. 344. Dückers S. 119 ff.

[3]) Sprachlich ist zu beachten, daß peculium nach seinem wesentlich gleichen Stamme mit pecunia, welcher Ausdruck das Vermögen in seiner der Person nützlich dienenden und gleichsam mitarbeitenden Bewegung, dem Umsatz um Geld, bezeichnet, der richtige Ausdruck für diese Seite des Sondervermögens ist. In dem Ausdruck bona liegt diese ethisch-wirthschaftliche Beziehung nicht, sie können selbst bona defuncti sein.

Digitized by Google

macht dieſe bona doch nicht zum peculium, das Kind nicht zum paterfamilias dafür, wie auch die ihm dafür verſagte testamentifactio zeigt[1]) — ein Symptom der fortdauernden Regel ſeiner Unſelbſtändigkeit, nicht eine Ausnahme von der anzunehmenden umgekehrten Regel. Es iſt alſo auch kein Grund vorhanden, das Prohibitivgeſetz des SC.s für den Verkehr des Hausſohnes als durch dieſe bona ausgeſchloſſen zu betrachten: umgekehrt ſchützt dieſes ex accidenti mit Recht auch ihre ruhende Natur, um ſie im Sinne des Gebers oder Geſetzgebers dem Sohne und der natürlichen Familie zu erhalten; auch für den Vater iſt aber die doch nicht blos in der Klage gegen ihn beſtehende Macedoniſche Gefahr nicht dadurch ausgeſchloſſen, daß der vom Gläubiger bedrängte Sohn, der vielleicht 100 in ſolchen bona, aber Tauſende geborgt hat, die Beſchränkung der Realexecution auf jene 100 fordern könnte[2]).

Wenn der Hausſohn als ſolcher ſtirbt, ſo erlöſchen in der Regel alle Forderungen gegen ihn. L. 18 D. h. t. In den Fällen aber, wo er nach Juſtinianiſchem Rechte ausnahmsweiſe beerbt wird, würde auch hinſichtlich des SC.s dem Erben daſſelbe Recht wie ihm zuſtehen. Stets iſt dieſes der Fall, wenn er erſt als paterfamilias ſtirbt. L. 7. §. 10 D. h. t. Hört die väterliche Gewalt bei Lebzeiten des Vaters oder durch ſeinen Tod auf, ſo würde, wie ſchon bemerkt, er ſelbſt oder der Erbe, an welchen das Peculium gefallen iſt, auch gegen die actio de peculio annalis daſſelbe Recht haben. L. 7. §. 10. L. 18 D. h. t. Tit. D. quando de pec. (15, 2).

Dem vom Sohne dem Gläubiger gleich beim Contract mit ihm oder nachher dafür gegebenen Bürgen, Mandator oder Pfandbeſteller muß die Einrede auch zuſtehen, damit dem Gläubiger nicht mittelbar, nehmlich auf dem bloßen Umwege der ſonſt dem Intercedenten, wenn er gezahlt hat, gegen den Sohn oder Vater zuſtändigen Mandatsklage doch ein durchſetzbares Recht aus dem Darlehn bleibe. L. 9. §. 3 D. n. t., wo Haloander mit Recht quia (ſtatt des ſinnloſen qui et der Flor.) ipsi mandati habent regressum lieſt. Daher die Einrede doch wegfällt, wenn dem Intercedenten eine ſolche Regreßklage nicht zuſteht, alſo namentlich wenn er in liberaler Abſicht — gegen den Schuldner und den Gläubiger, um ſo den ganzen Contract in ſeiner Perſon gültig zu machen (Basil. 18, 4, 8) — intercedierte[3]).

---

[1]) Was freilich auch beſtritten iſt. Vgl. über dieſe Streitfrage beſonders die Ausführungen von Glück Pand. XXXIV. S. 117—138. — Dem Sinne dieſer extraordinären Erwerbe entſpricht es am meiſten, wenn man dem Kinde (im Falle ſeiner Minderjährigkeit dem Vormunde) daran nicht volles Verfügungsrecht, ſondern nur daſſelbe Adminiſtrationsrecht zuſpricht, welches ſonſt dem Vater wegen ſeines Nießbrauchs zuſteht. Dafür läßt ſich auch die Ueberſchrift des Codextitels 6, 61 de bonis quae liberis in potestate constitutis ... vel alias acquiruntur et eorum administratione, die doch auch für L. 8 pr. eod. gelten muß, und der gleiche Ausdruck διοικεῖν in Nov. 117 c. 1. §. 1 für die eigene und für die vormundſchaftliche Verwaltung ſolcher Erwerbe anführen.

[2]) Mit andern nur zum Theil verwandten Argumenten vertheidigt dieſelbe Anſicht ein mir nicht zu Geſicht gekommenes Leipziger Dekanatsprogramm Quaestiones ad SC. Maced. 1849 bei Dietzel S. 150 ff. Vgl. außerdem Seuffert Pandektenrecht II. §. 312 und die daſelbſt Anm. 11 citierten Blätter f. Rechtsanw. Bd. 13. S. 139.

[3]) Manche, wie Mühlenbruch Ceſſion S. 444 erklären dieſes aus einem Verzicht auf die Einrede, wovon Dietzel S. 108 bemerkt, daß dieſer doch nur dem Gläubiger gegen-

Digitized by Google

L. 9. §. 3 D. cit. Nimmt man dasselbe an, wenn der Gläubiger wegen der Ungewißheit, ob der Sohn selbständig sei oder sein Vater das Darlehn genehmigt habe, einen Bürgen empfangen hat, so setzt dieses doch eben auch eine gleiche liberale Absicht des Intercedenten, wie sie beim Creditauftrage dann regelmäßig Statt finden wird, voraus. L. 12. §. 13 D. mand. (17, 1). Denn kommt dieses nicht hinzu, so soll der hierüber ungewisse Gläubiger das Darlehn auch nicht gegen Verbürgung geben. Vgl. L. 13 pr. D. de minor. (4, 4). Wer aber unaufgefordert sich wissentlich für den Hausſohn verbürgt, würde auch schon von selbst keinen Regreß aus negotiorum gestio gegen ihn haben, weil eine solche in der Bekräftigung eines unerlaubten, gegen den Sohn an sich klaglosen Geschäfts nicht liegt, und also dem Gläubiger ohne Einrede haften. Derselbe Unterschied wäre zu machen, wenn ein Dritter den Sohn expromittiert: geschieht es in dessen Auftrage, so hat er die Einrede, wenn er nicht schenken wollte, wenn aber ohne Auftrag, so geriert er dessen Geschäft nicht [1]). Einen Quellenausspruch darüber finde ich nicht. Hielt er aber das Geschäft aus gerechtem Irrthum für ein erlaubtes, so scheint es mir billig, ihn durch die Einrede zu schützen [2]). Auch der Principal, in dessen Geschäft der in der Gewalt eines Dritten stehende Sohn als Institor ein Darlehn aufgenommen hat, würde die dem letzteren allerdings auch dann zustehende Einrede gegen die institoria actio nicht haben, weil diese eine gegen ihn selbständige Klage ohne Regreß an den Institor ist. L. 7. §. 11 D. h. t. Unsere Quellen erwähnen nicht auch die Zuständigkeit der Einrede gegen den Intercedenten, der selbst sich ihrer nicht bedient hat und nun gegen den Sohn seinen Regreß nimmt, weil ein solcher ihm mit seiner b. f. actio wegen seiner selbstverschuldeten Aufopferung ipso iure nicht zusteht.

Für den Vater kann nur wegen seiner Verpflichtung aus der actio de peculio gültig ein Bürge eintreten und folglich nicht mehr, wenn diese durch den Tod des Hausſohns erloschen ist. Vgl. L. 18 D. h. t. L. 11. 12. D. de fidei. (46, 1). Von einer freiwilligen Verbürgung für ihn würde übrigens dasselbe zu sagen sein, wie von der für den Hausſohn. Hätte der Vater aber selbst den Bürgen für sich oder den Sohn gestellt oder wäre für den Sohn selbst Bürge geworden, so läge darin eine Genehmigung des ganzen Contracts (vgl. oben S. 161).

3. Abgesehen von der dem Gläubiger entzogenen Macht, sein Recht gegen den Willen des Schuldners gerichtlich durchzusetzen, worauf sich die Vorschrift unseres SC.s beschränkt, wie es vor dem SC. Velleianum auch bei den Intercessionen der Ehefrauen für ihre Männer der Fall gewesen war [3]), bleibt Recht und Verpflichtung

---

über Bedeutung haben würde. Unsern Quellen, in denen nirgends ein renunciare exceptioni SCti vorkommt, ist aber der ganze Gesichtspunct des Verzichts auf die Einrede fremd (wovon später). Nach ihnen folgt deren Nichtzuständigkeit für den Intercedenten aus dessen Absicht, gegen den Schuldner keinen Regreß nehmen zu wollen. — Wider Bekker proceſſ. Consumtion S. 200 f. Dietzel S. 111.

[1]) Ueber den ersteren Fall spricht sich Schwanert Naturalobl. S. 359 eben so aus.

[2]) Anders bei dem Bürgen für eine gegen das SC. Velleianum verpflichtete Frau, weil diese auch nicht einmal natürlich verpflichtet, mithin die Bürgschaft für sie stets ungültig ist. L. 16. §. 1 D. ad SC. Vell. (16, 1). Vgl. Dückers p. 51.

[3]) Dieses hat man bisher, wie es scheint, allgemein verkannt. Es geht aber klar

Digitized by Google

aus dem Contract selbst, womit ja das denegare actionem und die exceptio nichts zu schaffen hat[1]), unverändert bestehen, was unsere Quellen so bezeichnen: es bleibe eine naturalis obligatio (Paulus L. 10 D. h. t.)[2]), indem sie bei dem mehrdeutigen Ausdruck obligatio hier, wo er im Gegensatz zu der versagten actio, also einer Wirkung des Contracts, steht, ihn nicht im Sinne von Verbindlichmachung (wie oben S. 81), sondern von Verbindlichkeit nehmen und hinsichtlich des Beiworts in Anknüpfung an den allgemeinen Gegensatz von ius naturale et gentium und ius civile das im Auge haben, daß bei der Obligation die Klagbarkeit das Wichtigste ist, welches das ius civile proprium (im weiteren auch das prätorische Recht umfassenden Sinne) dem, was die Obligation nach dem ius naturale et gentium an sich ist und wirkt, hinzufügt[3]), wonach sie also als klagbare civilis,

---

aus den Worten des SC.s L. 2. §. 1 D. ad SC. Vell. (16, 1) hervor, wenn man sie nur genau liest: tametsi ante (vor diesem SC.) videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio (man darf hier, wo das ganze Gewicht auf detur liegt — s. Anm. 3 auf S. 173 — nicht mit Mommsen gegen alle Handschr. und den Sinn sit einschieben) neve in eas actio detur (also ganz eben so wie nach dem SC. Macedonianum), worauf aber im Nachsatz fortgefahren wird: cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur. Hiernach bestand der neue Wille des Senats, den die rechtsprechenden Obrigkeiten zur Ausführung bringen sollten, in dem Ausspruch, daß aus weiblichen Intercessionen (nicht mehr blos die Klage zu hindern und entkräften, wie bisher, sondern) die Verpflichtung der Frauen selbst als unbillig zu betrachten sei. Daher sagt Julian L. 16 fin. D. eod. totam obligationem senatus improbat; Ulpian L. 8. §. 5 vgl. §§. 9. 12 D. eod. mulier per senatusconsultum relevatur und derselbe L. 2. §. 1 D. eod. nach Anführung der bisherigen Edicte ne feminae pro viris suis intercederent von diesem SC.: quo (1) plenissime feminis (2) omnibus subventum est. Es ist also auch unrichtig, wenn in den gewöhnlichen Darstellungen davon ausgegangen, ja auch wohl ausdrücklich behauptet wird, erst die Rechtsgelehrten hätten (man müßte glauben, aus eigener Machtvollkommenheit) ungeachtet gleichen Wortlauts (z. B. Dietzel S. 4. Schwanert Naturalobl. S. 347) das Macedonianum weniger streng ausgelegt als das Vellejanum (Savigny Oblig.recht I. S. 78, während er im System V. S. 379 Anm. m. das Richtige aber doch wohl nicht ganz klar Gedachte angedeutet hatte) — um so sonderbarer, als letzteres bekanntlich so viel älter war. Vgl. Rudorff Rechtsgesch. I. S. 122.

[1]) Wider die vom Gegentheil ausgehende Ansicht Savignys System V. S. 374 ff. und Anderer vgl. Dietzel S. 7. 138 ff.

[2]) Genau genommen ist damit nicht ausgeschlossen, daß auch eine civilis obligatio bleibe und in der That ist dieses auch der Fall, insofern dem Gläubiger eine actio zusteht, nach Civilrecht gegen den Sohn, nach dem ergänzenden Edict gegen den Vater de peculio. Muß aber zwar der Prätor die actio (wenigstens gegen den Sohn) geben, so darf er sie doch auch auf Verlangen des Beklagten nicht ohne exceptio geben (vgl. die Anm. 1 auf S. 429), mit deren Vorschützung sie materiell nulla wird. L. 112 D. de reg. iur. (50, 17). Hiernach ist die Streitfrage bei Schwanert Naturalobl. S. 346 Note 20 zu beurtheilen. Weil es nun aber hiernach an dem Zwingenden der civilis obligatio als solcher fehlt, wird dieses Bleiben der civilis obl. doch nicht von den Juristen hervorgehoben, womit sie aber keineswegs eine solche nat. obligatio mit der, wo die actio ipso wegfällt, gleich stellen.

[3]) Gaius, der zu Anfang bei Anführung der allgemeinen Rechtsquellen 1, 1 ver-

Digitized by Google

nach ihren übrigen Wirkungen naturalis genannt wird. Die Römer kennen nehmlich bei den absoluten Rechten dominium, servitus (ius pignoris, vectigale), hereditas [1]) den Gegensatz von ‚naturalen' und ‚civilen' nicht. Bestehen sie überhaupt, so verleihen sie dem Berechtigten an der Sache auch immer dasselbe wirkliche Recht, d. h. ein Macht-Recht im Besitze, unabhängig von der Klagbarkeit, da dieses hier nur eine Sache, nicht den Willen einer Person sich gegenüber sieht: die auch für sie aus dem Civilrecht stammende Klagbarkeit hat hier nur eine secundäre, keine Charakter gebende Bedeutung in dem abnormen Falle des Nichtbesitzes und des damit hinzutretenden Verhältnisses zu einer andern jenem Rechte widerstrebenden Person [2]). Dagegen ist bei ihnen wegen des civilrechtlichen Unterschiedes der res

---

heißen hat, bei den einzelnen Rechtsinstituten anzugeben, ob sie aus dem ius civile proprium oder dem ius gentium stammen, führt dieses auch bei dem ius quod ad personas und quod ad res pertinet durch (vgl. meine untere Anm. zu 1, 1 fin.). Im vierten Buch, also beim Actionenrecht, kommt aber nichts mehr von diesem Unterschiede vor, wohl weil es selbstverständlich ist, daß die Actionen sämmtlich aus dem ius civile herrühren. Doch ist mir selbst wahrscheinlich und nach dem Spatium möglich, daß der verloren gegangene Anfang 4, 1 dieses auch ausdrücklich bemerkt hat, etwa mit dem Zusatz zum jetzigen ersten Satz: quae omnes iuris civilis sunt.

[1]) Der beim dominium verwandt scheinende Gegensatz heißt doch vielmehr (Gai. 1, 54 u. s. w.), meum ex iure Quiritium und blos in bonis und er bezieht sich bei ihm auch gar nicht, wie bei der obligatio auf den Inhalt, namentlich die Macht des Rechts, hier an der Sache, welcher auch bei dem in bonis derselbe, nehmlich das meum esse ist, sondern das dazu hinzukommende ex i. Qu. hat nur Bedeutung für das Verhältniß des Eigenthums zu andern Personen, also im Verkehr und in der processualen Behauptung des Rechts, indem es eine nothwendige Voraussetzung der Gültigkeit gewisser Handlungen mit andern Personen bezüglich des Eigenthums bildet, namentlich der civilrechtlichen Erwerbe und Veräußerungen (einschließlich der Manumission) von ihnen oder an sie und der Vindication (einschließlich der in iure cessio), welche eben als civilrechtliche auch ein Recht von Quiriten (Mitbürgern) an der Sache beiderseits voraussetzen, wie denn auch nur in den civilen Formularen dieser Handlungen der Zusatz ex i. Qu. für deren Gültigkeit nothwendig ist, ohne übrigens, namentlich beim Erwerb, hinsichtlich des Rechts an der Sache mehr zu bewirken, als ein naturaler Erwerb, der dessen nicht bedarf. Die verschiedenen Wirkungen der Veräußerung, je nachdem die Sache ex i. Qu. oder nur in bonis alicuius ist, dürfen nicht als Beweis für einen verschiedenen Inhalt beider Rechte an der Sache angeführt werden. Denn die Veräußerung ist so wenig wie der Erwerb überhaupt ein Recht und Ausfluß des Eigenthums, sondern des suum ius und Vermögens der Person des Eigenthümers. Das Recht des bonitarischen Eigenthümers ist auch nicht etwa ein prätorisches, sondern stammt auch aus dem ipsum ius, indem er dieselbe potestas über den Sclaven hat und die Früchte und durch den Sclaven aus allen Handlungen desselben eben so ex utroque iure erwirbt wie der Quiritarische.

[2]) Also in einer vom Civilrecht durch die verliehene Klage (vindicatio) an das Eigenthum geknüpften obligatorischen Beziehung, und hier läßt sich denn auch wieder, wie bei der Obligation, in Fällen ihrer Unbilligkeit eine Entkräftung derselben durch exceptio denken, womit der Begriff des meum ex nudo i. Qu. oder nudum ius Quiritium entsteht. Dieses hat also mit dem Eigenthumsrecht an der Sache selbst, das es schon ipso iure nicht enthält, ursprünglich gar nichts zu schaffen. Erst das spätere Recht verband damit durch positive Satzung beim freigelassenen Sclaven auch die bekannten absoluten Rechte an der Person selbst.

Digitized by Google

mancipi und nec mancipi wichtig, ob ihr Eintreten — ihre Erzeugung durch gewisse Facta — aus dem natürlichen oder dem Civilrecht herstammt, weshalb bei ihnen die acquisitiones in naturales und civiles geschieden werden. Die Wichtigkeit dieser Frage theilen nun zwar auch die Obligationen im Sinne von Contracten (Verbindlichmachungen) mit ihnen, weshalb auch da stets bemerkt wird, ob sie aus dem ius civile oder ius gentium herrühren, also nur mit Römischen Bürgern oder mit allen Menschen gültig eingegangen werden können. Aber diese Seite ihres Ursprungs — als Verbindlichmachungen — ist bei ihnen nicht die hauptsächliche. Weit wichtiger ist bei ihnen, daß sie hinsichtlich ihrer Wirksamkeit im Unterschiede von den absoluten Rechten dem Berechtigten gar kein wirkliches Machtrecht an dem hier nur im Gewissen einer andern Person gebundenen Willen geben, sondern dieses Recht eben erst vom Civilrecht in der beigelegten Klagbarkeit empfangen. Daher beziehen sich die Ausdrücke obligatio civilis und naturalis im gewöhnlichen Sinne nur auf die Obligationen nach der Seite ihrer Wirksamkeit als auch vom Civilrecht durch Klage geschützte oder als bloße Rechte und Verbindlichkeiten, es wird hier auch ganz davon abgesehen, ob sie ihrem Ursprunge nach dem ius civile oder gentium angehören: nur ausnahmsweise kommt die Benennung naturalis obl. auch von ihr in dem Sinne der Verbindlichmachung vor, die ja auch eine gewisse blos natürliche Seite haben kann, wie namentlich die des Unmündigen, wobei aber, wie oben gezeigt, doch auch immer auf die der Verbindlichkeit Rücksicht genommen wird.

Bei dieser Richtigstellung der Natur und Bedeutung der naturalis obligatio ist nicht auf den Unterschied von ‚positivem Rechte' und natürlichem Recht Rücksicht genommen, der in den meisten neuern Darstellungen eine so große Rolle spielt [1]), weil dieser den Römern (von der von ihnen abgewiesenen simulata philosophia abgesehen) überhaupt fremd und ihr ius naturale et gentium ebensowohl, wie das ius civile ein positives, d. h. von höherer berechtigter Macht constituiertes Recht ist, das erstere nur nach älterer religiöser Auffassung vom höchsten Gott als dem Schöpfer (a Jove, summo deo Cic. de leg. 1, 3—6), nach späterer mehr pantheistischer von der aus dem Consens der menschlichen gentes nur erkennbaren naturalis ratio oder natura.

In der naturalis obligatio nach ihrem gewöhnlichen Sinne der Verbindlichkeit liegt nun aber das wirkliche debere oder dare (hier beim Mutuum nicht auch facere) oportere kraft der angeborenen Nöthigung des eigenen und öffentlichen Gewissens, wonach die Erfüllung eine geschuldete (kein indebitum solutum) ist, mit der also dem Gläubiger sein Recht geschieht, und jedes Geschäft, welches der Erfüllung gleichsteht oder die Sicherung einer solchen bezweckt, gültig zu ihr hinzutritt, ohne Rücksicht darauf, ob der, welchem die Einrede zusteht, oder ein Anderer, und ob der diese Handlungen Vornehmende von der gegen die Klage zuständigen Einrede weiß oder nicht. So gilt hinsichtlich der Erfüllung keine condictio indebiti soluti, wenn auch der selbständig und damit eigenthumsfähig gewordene Hausſohn oder der Bürge den Gläubiger bezahlt. L. 14 fin. D. de reb. cred. (12, 1). L. 19 pr. L. 40 pr. D. de cond. ind. (12, 6). L. 7. §§. 15. 16. L. 9. §. 4 D. h. t. L. 19 D. de novat. (46, 2). Da gesagt zu werden pflegt, daß wer durch eine exceptio

[1]) So auch hier bei Dückers p. 56 seq. und den von ihm Angeführten.

Digitized by Google

perpetua geschützt, ohne Kenntniß derselben erfülle, eben so wie der, welcher eine reine Nichtschuld bezahlte, indebitum condicieren könne, so bemerken die Juristen ausdrücklich, daß dieses nur gelte, wenn die exceptio wegen der materiellen Nichtschuld des Schuldners wie bei der Intercession einer Frau, nicht, wenn sie, wie hier, nur zur Strafe in odium creditoris, um ihm das Klagrecht zu nehmen, gegeben werde. L. 40 pr. cit. L. 9. §. 4 cit. vgl. L. 66 D. de reg. iur. (50, 17). In der zweiten Stelle, wo Ulpian nach dem eigenen Ausspruche, daß die, welche für den Sohn intercedierten, wenn sie gezahlt hätten, nicht zurückfordern könnten, nach der Flor. fortfährt:

> Hoc enim et divus Hadrianus constituit et potest dici non repetituros. atquin (geringere Handschr.: alioquin oder aut quin) perpetua exceptione tuti sunt: sed et filius et tamen non repetit, quia hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit. —

ist nicht blos, wie man gewöhnlich annimmt, der rechtfertigende Satz quia hi demum u. s. w., sondern auch schon vorher et potest dici u. s. w. anstößig und offenbar verderbt. Denn nicht nur fordert die Gedankenfolge in jenem Satze vielmehr hi demum solutum repetunt (statt non repetunt), womit dann auch das Folgende in Einklang stehen muß, sondern auch schon vorher ist es albern, zur Rechtfertigung nach Anführung der kaiserlichen Verordnung hinzuzufügen, man könne das auch sagen, was sie vorschreibe. Offenbar haben wir einen der gewöhnlichsten Handschriftenfehler, die verunglückte Zurechtmachung eines durch zwiefachen Ausfall eines non verderbten Textes vor uns, nachdem jenes vom Corrector am Rande mit undeutlicher Bezeichnung des Ausfallsorts ergänzt und dann am falschen Ort wieder eingesetzt war, beides vielleicht unter Mitwirkung der übel angebrachten Gelehrsamkeit, statt et non hätte es ja nec heißen müssen. Man lese zu Anfang

> hoc enim et divus Hadrianus constituit et non potest dici, repetituros ut qui perpetua exceptione tuti sint. sed et filius (nehmlich perpetua exceptione tutus est) et tamen non repetit;

damit gewinnt man eine durchaus passende Rechtfertigung der kaiserlichen Constitution gegen einen nahe liegenden Einwand; nachher aber am einfachsten mit Schulting [1])

> quia hi demum solutum repetunt, qui non ob poenam creditorum actione liberantur, sed quoniam eos lex exonerare voluit.

Ist nicht wirklich erfüllt, weil fremde Geldstücke ohne Zustimmung des Eigenthümers gegeben wurden, so kann selbstverständlich der Eigenthümer sie vindicieren, ohne eine exceptio befürchten zu müssen. So namentlich der Vater, wenn der Hausfohn dessen Geldstücke (denn er selbst kann kein Eigenthum daran haben und auch aus dem Peculium, wenn sie dazu gehörten, für einen solchen Zweck sie nicht gültig veräußern, L. 94. §. 3 D. de solut. 46, 3) zur Bezahlung hingab. Nach des Vaters Tode, den er beerbt hat, würde er zwar selbst vindicieren können, ihm aber, weil er seine eigene Handlung anficht [2]), eine doli exceptio entgegenstehen. Ulpian

---

[1]) Die Worte ob poenam creditorum und dann non mit Mommsen als Glosseme zu streichen, ist durch nichts gerechtfertigt.

[2]) Dieses — die Anfechtung seines Willens durch Tradition ex iusta causa (sol-

Digitized by Google

L. 26. §. 9 D. de cond. ind. (12, 6). L. 14 D. de reb. cred. (12, 1). Wie aber, wenn der Gläubiger die Geldstücke consumiert hat? Davon hauptsächlich handelt Ulpian lib. 29 ad edictum in L. 14 cit.

> Si filiusfamilias contra senatusconsultum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio obicietur. Sed si fuerint consumpti a creditore nummi, Marcellus ait, cessare condictionem: quoniam totiens condictio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientum transisset; in proposito autem non esse. Denique per errorem soluti contra senatusconsultum crediti magis est cessare repetitionem.

Offenbar versteht Marcellus, den Ulpian für sich antworten läßt, unter der Consumtion die redliche, die bei gegebenem fremden Gelde eben so die solutio wie die mutui datio perficiert (L. 19. §. 1 D. de reb. cred. (12, 1). L. 14. §. 8 D. de solut. 46, 3); sie bildet überhaupt die Regel und nur bei ihr kann von der gewöhnlichen condictio die Rede sein. Er versagt diese aber dem Vater aus zwei Gründen, einmal weil sie dem Berechtigten wegen Consumtion des Gegebenen nur dann zustehe, wenn er im Falle des durch das Geben sofort übertragenen Eigenthums deshalb eine Klage gehabt haben würde, also wenn entweder in obligatorischer Absicht oder sine causa gegeben wäre, das sei aber hier, wo ex causa solutionis gegeben wurde, nicht der Fall; sodann weil (wenn man bei diesem letzteren Zweck stehen bleibt) wegen der selbst im Irrthum geschehenen Erfüllung einer Darlehnsschuld gegen das Macedonianische SC., die ja eben erfüllbar ist, keine Zurückforderung Statt finde. Diese Begründung ist überzeugend; wegen des zweiten Theils derselben haben wir die Stelle auch schon für den Satz angeführt, daß jede Bezahlung einer Macedonianischen Schuld gleichviel von wem, blos wegen des natürlichen Bestandes der letzteren und daher ohne Rücksicht auf die die Klage ausschließende Einrede und einen etwaigen Verzicht auf sie, wenn der, dem sie zusteht, zahlt, gültig sei.

Eine entgegengesetzte Entscheidung soll aber bekanntlich nach Vieler Ansicht die aus demselben lib. 29 ad edictum entnommene L. 9. §. 1 D. h. t. enthalten.

> Si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare vel repetere possit? et ait Julianus, si quidem hac condicione ei donata sit pecunia, ut creditori solvat, videri a donatore profectam protinus ad creditorem [1]) et fieri nummos accipientis: si vero simpliciter ei donaverit, alienationem eorum filium non habuisse et ideo, si solverit, condictionem patri ex omni eventu competere.

In der That schreibt die Stelle nach diesem Texte dem Vater in dem Falle, wo das Geld aus der Schenkung an den Sohn ihm erworben war, die condictio zu und widerspricht dann der L. 14, das heißt aber Ulpian sich selbst, da er hier und dort die referierten Ansichten stillschweigend billigt. Man hat daher, um den Widerspruch zu lösen, entweder angenommen, die L. 9. §. 1 spreche von unredlichem, die obige L. 14 von redlichem Verbrauch, oder condictionem u. s. w. in vindicationem

---

vendi) Eigenthum zu übertragen — ist der Grund der Einrede, nicht wie man gewöhnlich annimmt (vgl. Schwanert Naturalobl. S. 196), weil er eine natürliche Schuld habe bezahlen wollen. Auch bei einem indebitum solutum würde dasselbe gelten.

[1]) Damit stimmt überein L. 5. §. 9 D. de iure dot. (23, 3).

Digitized by Google

emendiert; beides so schlechthin aufgestellt, gleich unberechtigt und nicht überzeugend, weshalb auch Viele noch jetzt den Widerspruch für unlösbar halten [1]). Eine gewissenhafte und genaue Interpretation muß bei jeder Stelle von dem ausgehen und danach auch die Richtigkeit ihres überlieferten Textes beurtheilen, was sie selbst enthält und sagt.

Wie man nun sieht, ist die in L. 9. §. 1 zur Entscheidung gestellte Frage durchweg eine andere als die in L. 14, nehmlich ob das dem Sohne von einem Dritten geschenkte Geld, womit er den Gläubiger bezahlte, diesem als Geld des Vaters ohne dessen Willen oder als das des Dritten mit dessen Willen durch die Hand des Sohnes zukomme — also eine Frage des übergegangenen oder gebliebenen Eigenthums als Grundlage der Vindication, jenachdem im ersten Falle der Schenkgeber gültig seine, im zweiten der Sohn ungültig des Vaters Geldstücke veräußert hatte. Von Consumtion spricht die Stelle mit keinem Worte und man kann also auch diesen ausdrücklichen Gegenstand der Frage in L. 14 nur willkürlich in jene hineintragen. Schon die zu Anfang aufgestellte Frage faßt ausdrücklich nur das Eigenthum des Vaters ins Auge: an pater vindicare . . . possit; das hinzugefügte vel repetere könnte nur auch auf die condictio, es kann aber eben so gut auf die der Vindication selbst näher liegende actio ad exhibendum gehen und hätte der Anfrager dabei (wie ich allerdings glaube — vgl. weiter unten) auch an die condictio gedacht, so würde diese gelegentliche Alternative doch den eigentlichen Gegenstand der Frage nicht alterieren. Hiernach kann nun condictionem im Schlußsatze der Stelle um so gewisser nicht richtig sein, als erstens, wenn wir so lesen, Ulpian auf die zu Anfang aufgeworfene Frage gar keine Antwort geben und zweitens mit ideo u. s. w. eine falsche Folgerung ziehen würde; denn daraus, daß dem Sohne die Veräußerung des hier durch ihn dem Vater erworbenen Geldes nicht zustand, folgt nur, daß in diesem Falle die vom Sohn gezahlten nummi accipientis (creditoris) non fiebant, sondern das Eigenthum an den Geldstücken und deren Vindication dem Vater verblieb; drittens ist eben so falsch auch, daß dem Vater die condictio ex omni eventu (in jedem Falle) zustehen soll; das wäre doch nur wahr, wenn der Gläubiger consumiert hätte. So erfordert der innere Zusammenhang der L. 9. §. 1 ohne alle Rücksicht auf die L. 14 die auch an sich so leichte Emendation vindicationem statt

---

[1]) Man vergleiche über die verschiedenen Ansichten Glück Pand. XIV. S. 317 ff. Dietzel S. 124 ff. Dückers p. 89 seq. Ryck S. 104. Windscheid Pand. §. 373 Note 16. Dietzel, der den Widerspruch für unlösbar hält, nimmt S. 123 zugleich an, dem von Julian gesetzten ersten Falle stehe auch gleich, wenn das Hauskind borge, um eine Schuld contra SC. zu decken; er meint wohl: wenn es so borge und auch der Angesprochene ihm das Geld ausdrücklich nur zu diesem Zwecke gebe. Denn geschieht die Hingabe nicht ausdrücklich für den Gläubiger und in dessen Interesse, so würde das Hauskind durch den Empfang, wiewohl auch contra SC. obligiert, ohne durch die Zahlung von dem ersten Gläubiger befreit zu werden. Ryck meint, die Ansicht des Marcellus und Ulpian müsse vorgehen, dessen ausdrückliche Verwerfung der Ansicht des Julian auch wohl ursprünglich auf L. 14 cit. gefolgt sei. Mir ist es mehr als wahrscheinlich, daß in Ulpians Schrift die L. 9. §. 1 unmittelbar auf L. 14 folgte; denn daß zwischen L. 9 pr. und §. 1 etwas auf die gewöhnliche Art der Zahlung des Hausſohns Bezügliches, verwandt mit L. 3 §. 2 fin. h. t., fehle, ist an sich klar, und was anderes konnte dieses sein, als der Inhalt von L. 14?

Digitized by Google

condictionem (mit Siglen geschrieben ūdicationem statt c'dictionem), womit alle Anstöße verschwinden und zugleich auch der Widerspruch gegen L. 14 [1]). Wohl möglich, daß wenn nicht die Entstehung, doch die Festhaltung der Corruptel durch ein Nicht- und dann ein Mißverständniß der Worte ex omni eventu verschuldet wurde, als hätte Julian damit den eventus consumtionis andeuten wollen, was doch, wie bemerkt, zu omni nicht stimmt. Julian dachte dabei offenbar an die allein hier relevante doppelte Eventualität dessen, was auf die Schenkung an den Sohn folgen konnte: daß der Vater entweder den Erwerb dem Sohne als Peculium beließ oder ihn unmittelbar in sein Vermögen zog, indem er ihn dafür anerkannte (vgl. L. 2 pr. D. quod cum eo 14, 5 . . . sive in peculium ipsius, sive in patrimonium eius, cuius in potestate fuerit, ea res redacta fuerit), wie das erstere auch von Papinian in L. 94. §. 3 D. de solut. (46, 3) besonders berücksichtigt wird. Hätten die Worte ex omni eventu zwar auch noch verständlicher vor non habuisse gesetzt werden können, so paßt doch auch ihre jetzige Stelle für denselben Sinn. Und dieses um so mehr, als der ursprüngliche Anfrager mit dem vel repetere wahrscheinlich den Fall im Sinne hatte, wo das Geschenkte peculium geworden war, von dem er meinte, es befähige dann den Sohn zwar zur Eigenthumsübertragung, die aber hier als aus einem ungerechten Grunde geschehen den Vater zur condictio berechtige. Wohl möglich auch, daß seine Frage selbst nach filius noch den bestimmten Zusatz enthielt sive in patrimonium a patre sive in peculium filii redactam, den erst die Redactoren wegen der weiter ausholenden Antwort Julians strichen.

Der Erfüllung steht die Novation gleich. Daher der Sohn von seinem Gläubiger gültig einem andern delegiert, d. h. die Forderung des ersten Gläubigers dadurch aufgehoben wird und auch dem Delegatar, der nichts gegen das SC. gethan hat, keine Einrede entgegen steht. L. 19 D. de novat. (46, 2). Genauer wird davon noch später (S. 192) zu handeln sein. Von den die Erfüllung sichernden Nebengeschäften, Bürgschaft, Mandat, Pfandbestellung ist schon die Rede gewesen (S. 178) [2]). Vom Constitutum sagt Ulpian

> L. 3. §. 1 D. de const. pec. (13, 5). Si quis autem constituerit, quod iure civili debebat, iure praetorio non debebat, id est per exceptionem, an constituendo teneatur, quaeritur. Et est verum, ut et Pomponius scribit, eum non teneri, quia debita iuribus non est pecunia, quae constituta est.

Da nun ein Hausſohn auch gültig constituieren (L. 1. §. 3 D. eod. L. 15 D. de in rem verso 15, 3) und ein natura debitum gültig constituiert werden kann

---

[1]) Schon Puchta, der (Vorlesungen zu §. 306) meines Wissens zuerst die Emendation vindicationem vorgeschlagen hat, aber so daß es an die Stelle der vier Worte condictionem ex omni eventu treten soll, was offenbar die Grenzen einer gesunden Kritik überschreitet, macht mit Recht auf die Widersprüche in der Stelle selbst aufmerksam, versteht aber, wie alle anderen Ausleger, unter ex omni eventu: sive nummi exstent sive b. f. consumpti sint. Schwanert Naturalobl. S. 195, der die Verbesserung vindicationem auch als die nächstliegende Lösung des Widerspruchs bezeichnet, hält doch auch, wiewohl mit vorsichtigem Ausdruck, die Worte ex omni eventu für verdächtig.

[2]) Von Novation und accessorischen Geschäften handelt auch für die einzelne Casuistik befriedigend Schwanert Naturalobl. S. 353—360.

Digitized by Google

(L. 1. §. 7 D. de const. pec. 13, 5), so versteht man gewöhnlich das iure praetorio id est per exceptionem non debitum so, daß Ulpian dabei nur an Einreden gedacht habe, welche wegen natürlicher Nichthaftung des Schuldners auch die Klage des Gläubigers ausschließen, gibt aber zu, daß wenn der Sohn selbst noch vor erlangter Selbständigkeit constituiere, ihm gegen die actio constitutae pecuniae ebenfalls die Einrede des SC.s zustehe, weil man sonst auch die Gültigkeit seiner bloßen Verzichtleistung auf die Einrede behaupten müßte und damit das ganze Recht des SC.s eludiert werden würde [1]). Mir scheint es, da Ulpian nicht unterscheidet, richtiger, daß das Constitutum des Haussohns hier an sich nicht verpflichte. So schon nach den Worten Ulpians, der, nachdem er (L. 1. §. 7 cit.) das naturaliter debitum als für das constitutum hinreichend bezeichnet hatte, nun doch ohne unter den Einreden zu unterscheiden, den Constituenten seines per exceptionem iure praetorio non debitum nicht haften läßt, worunter doch nicht wieder (nach der Glosse und Andern) ein natura non debitum, sondern nach seiner eigenen Erklärung des iure praetorio non debere nur eine nach prätorischem Recht wegen irgend einer Einrede nicht durchsetzbare Schuld verstanden werden kann. So aber auch nach dem ursprünglichen und wahren Sinne des Constituts, aus dem der Prätor die, wenn der Kläger will, durch Sponsionen verschärfte Klage gibt, nicht weil dadurch auf Seiten des Constituenten eine des Klagschutzes würdige Schuld gewöhnlicher Art entstände, sondern weil dem Gläubiger, dem der Constituent die (an sich gerechtfertigte) Erfüllung für einen Tag zugesagt und diese damit in ihrer besonderen Art (der Person, des Gegenstandes, des Orts, der Zeit) gleichsam schon begonnen hat [2]), deshalb billiger Weise ein qualificiert processuales, sie selbst (nach älterem Proceßrecht ohne Zweifel durch Recuperatoren) erzwingendes Executivrecht (eine exactio L. 21 pr. D. de pec. const. 13, 5) eingeräumt werden muß. Dieses kann nun aber der Prätor ohne Selbstwiderspruch dem nicht zugedacht haben, dem er selbst für seine Obligation sogar den gemeinen Klagzwang, welcher nach prätorischem Recht das dare oportere vertritt, durch Ertheilung einer exceptio entzogen, also dessen Obligation einer non naturalis gleichgesetzt hat [3]). Hiernach könnte es nur fraglich sein, ob nicht doch ein

[1]) Schwanert S. 360 ff. Dückers p. 85. Ryck S. 104. [2]) Vgl. darüber oben S. 176. Anm. 2. und eine vorlängst an das Archiv f. civ. Pr. LXIV. (?) eingesandte Abh.

[3]) Nur scheinbar ähnlich, aber doch nicht erfindlich ist, was Dietzel S. 126 sagt, in dem Constitutum einer naturalis obligatio liege der Verzicht auf die klaglose Verpflichtung (?!), der vom Prätor da nicht angenommen werden könne, wo durch exceptio die Verpflichtung wirkungslos geworden. Auch kommt er S. 127 doch auf die Ansicht der Glosse zurück, iuribus, worunter Ulpian doch offenbar iure civili et praetorio versteht, iure civili et naturali zu erklären, welches letztere er freilich als gleichbedeutend mit einer solchen Forderung, der keine exceptio perpetua entgegenstehe, zu nehmen scheint. Auch darf man schwerlich mit ihm den Satz quia debita iuribus non est pecunia quae constituta est allgemein vom constitutum als solchen, welches (was übrigens richtig) nicht wie die Novation einen neuen Schuldgrund bewirke, verstehen; wie könnte er dann die Ansicht des Pomponius non teneri begründen und warum iuribus statt iure? Auch bewirkt ja das Constitutum nach andern Stellen zwar nicht eine neue oder selbständige, aber doch eine obligatio und ein debitum, vgl. z. B. L. 18. §. 3. L. 27. 30. L. 5. §. 2 D. de pec. const. (13, 5). L. 15 D. de in rem verso (15, 3). Pomponius meint, daß in diesem Falle entgegenstehender exceptio die constituierte pecunia nicht iuribus, d. h. auch nach prätorischem Recht als eine Schuld zu betrachten sei.

Digitized by Google

dritter Constituent der Schuld des Hausſohns wegen der dann hervortretenden Sicherung der Schuld durch eine neue Perſon ähnlich wie ein Bürge haftet[1]). Bei dem auch dann bleibenden Grundcharakter des Conſtitutum iſt aber nach Römiſchem Recht auch dieſes zu läugnen. Wenn es dem Gläubiger mehr um dieſe Sicherung zu thun war, ſo konnte er ja und mußte den Dritten zum Bürgen nehmen. Anders freilich bei uns, wenn die Abnahme eines Zahlungsverſprechens animo stipulandi et promittendi geſchähe (vgl. L. 1. §. 4 D. eod.).

Streitig iſt auch das Recht des Gläubigers, die natürliche Schuld des Hausſohns oder Vaters, welche nach dem SC. ungeachtet der verſagten Klage bleibt, eben ſo wie andere natürliche Schulden zur Compenſation gegen deren Forderungen gebrauchen zu können. Die herrſchende Meinung geſteht es ihm zu, weil es für natürliche Schulden überhaupt gelte (L. 6 D. de compens. 16, 2) und das SC. dem Gläubiger eben nur das Klagrecht verſage[2]). Die allgemein lautenden Worte des Javolenus

L. 14 D. de compens. (16, 2). Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt.

unterſcheiden aber auch hier nicht Exceptionen, welche zur Befreiung des Schuldners und welche zur bloßen Ausſchließung des Klagrechts des Gläubigers gegeben werden. Und der Sinn der nach dem SC. zu verſagenden Klage iſt doch der allgemeine, daß der Gläubiger materiell in keiner Weiſe (z. B. auch nicht durch Execution oben S. 175) ſich durch prätoriſchen Zwang bezahlt zu machen berechtigt ſein ſoll. Das cum compensatione agere des Argentarius (denn von der compensatio ex eadem causa kann hier nicht die Rede ſein) beruhte aber auch auf einem prätoriſchen Zwange (Gai. 4, 64), der auch bei der weiteren Ausdehnung des Compenſationsrechts (§. 30 I. de act. 4, 6) der Sache nach, wenn auch von der Geſetzgebung ſelbſt übernommen, feſtgehalten iſt. Hiernach iſt es denn auch nicht ohne Bedeutung, daß unſere Quellen von dieſem Compenſationsrecht ſchweigen, insbeſondere auch dem Vater gegenüber, der die vom Sohne gezahlten Geldſtücke vindiciert, von keinem Retentionsrecht wiſſen. L. 14 D. de reb. cred. (12. 1).

C. Gründe der Aufhebung der Einrede.

Selbſtverſtändlich hört ſie in der Regel auf mit der Darlehnsobligation und Klage ſelbſt, in rem (für alle) oder in personam, je nachdem die Aufhebungsart ſelbſt ſo oder ſo wirkt. Alſo in erſterer Weiſe namentlich durch wirkliche Erfüllung, die auch, gleichviel von welcher Seite ſie kommt, gültig und unwiderruflich iſt, da die bleibende natürliche Obligation ohne Rückſicht auf die Einrede und etwaigen Irrthum (perperam solutum) ſie mit Ausſchluß aller Rückforderung zuläſſig macht. L. 9. §§. 1. 4. 5. L. 10 D. h. t. L. 14 D. de reb. cred. (12, 1). L. 40

---

[1]) Wie Girtanner Bürgſchaft S. 59 annimmt. Er ſcheint mir auch darin zu irren, daß er dem Conſtituenten nur dieſelben Exceptionen zuſpricht, welche dem Hauptſchuldner zuſtehen. Nach den Worten der L. 3. §. 1 cit. und dem Sinne des Conſtituts haftet der Conſtituent in dieſem Falle überhaupt nicht.

[2]) Dernburg Compenſation S. 438. Schwanert Naturalobl. S. 219. 361 ff. Dückers p. 98. Ryck S. 105. Dagegen Windſcheid Pand. §. 289 Note 21 nebſt den dort Angeführten.

Digitized by Google

pr. D. de cond. indeb. (12, 6)[1]); desgleichen durch jede freiwillige Novation, z. B. Delegation des Sohnes (L. 19 D. de nov. (46, 2) oben S. 186), also auch durch vorgängige Verwandlung in eine verborum obligatio für eine folgende acceptilatio: während ein formloser Erlaß (pactum de non petendo in perpetuum) neben der Aufhebung der natürlichen Verbindlichkeit nur eine neue Exception, für alle, wenn er in rem gemeint ist, sonst nur für den Paciscenten hervorbringen würde. In zweiter Weise durch Tod des Schuldners ohne Erben oder sonstige Nachfolger (L. 18 D. h. t. L. 11 D. de fidei. 46, 1) und capitis deminutio ohne prätorische Restitution u. s. w. Insbesondere würde Beerbung des Gläubigers durch den Vater mit der Obligation und Klage, die für den letzteren gegen seinen Sohn erlischt, auch die Einrede des Sohnes in Wegfall bringen, die umgekehrte aber weder die Schuld noch die Einrede des Sohnes aufheben.

Jedoch alle bisher gedachten Aufhebungen meinen wir hier eigentlich nicht, wo nur von den gegen die Einrede unmittelbar gerichteten Aufhebungsgründen die Rede sein soll. Wiederum nehmen wir aber damit auch nicht alle Aufhebungen der Darlehensobligation ipso iure als die Einrede mit zerstörend und hier nicht gemeint aus, insofern die Einrede, wie oben gezeigt, nicht blos gegen die Form jener Obligation, sondern auch gegen die Durchsetzung des Rechts aus ihr in bloßer anderer Form gerichtet ist.

Im Uebrigen sind die hier in Betracht kommenden Aufhebungsgründe theils solche, welche von Seiten des Vaters, theils solche, welche von Seiten des Sohnes eintreten.

1. Von Seiten des Vaters gehört hieher, was schon erwähnt worden, daß er das Darlehn hinterdrein genehmigt hat, s. oben S. 161 ff. oder daß es nachher in sein Vermögen verwandt ist (oben S. 165 ff.). Stillschweigend liegt eine Genehmigung auch darin, daß er die Schuld des Sohnes durch Zahlung oder Expromission in Theilen, wie namentlich in den Zinsen aufzuheben anfängt — also nicht etwa einen Theil blos abfindungsweise zahlt (vgl. oben S. 89. 142) — L. 7. §. 15 D. h. t. oder sich für die Schuld verbürgt oder einen Bürgen stellt (S. 161). Ob eine Pfandbestellung des Vaters den Sinn habe (wie wohl in der Regel, wenn er nur für einen Theil der Schuld sich verbürgt oder einen Bürgen stellt), dieselbe blos so weit das Pfand Befriedigung gewährt, dem SC. zu entziehen oder einer allgemeinen Genehmigung gleichstehe, scheint mir quaestio voluntatis, im Zweifel aber das letztere angenommen werden zu müssen, wie auch dann und noch mehr, wenn er Zinsen oder eine Pön verspricht. Bei dem consentierten Darlehn in L. 4 C. h. t. erscheint es ungewiß, ob der Vater oder der Sohn die Sache des Vaters verpfändet und im ersteren Falle, ob er nur dadurch seine Zustimmung zum Darlehn ausgedrückt hat. Auf die Verpfändung des Sohnes nehmen die Kaiser jedenfalls damit Rücksicht, daß sie deren Convalescenz durch seine Beerbung des Vaters andeuten, vgl. L. 7. §. 2 D. h. t.

[1]) Verkehrt ist es, hier mit so vielen Neuern von einer Anerkennung der Schuld zu sprechen, die in der Zahlung liege und diese rechtsbeständig mache, oder sich die exceptio SCti als begrifflich vor der Zahlung liegend und als Hinderniß der Widerruflichkeit derselben zu denken, während sie doch als nur die Wirksamkeit der Klage ausschließend in keinem Verhältniß zu ihr steht, außer daß sie auch die Forteristenz der Obligation und Klage voraussetzt. Vgl. z. B. Dietzel S. 120 ff.

Digitized by Google

2. Der Sohn kann natürlich auch durch irgend welche spätere Handlungen dem Vater sein Einrederecht nicht eigenmächtig nehmen. Dieses geschieht auch nicht, wenn er selbst noch als Hausſohn, wie im Falle der L. 14 D. de reb. cred. (12, 1), durch besorgte gültige Erfüllung dem Vater nur das Recht der Rückforderung des Gezahlten durch condictio nicht verschafft (oben S. 184). Dagegen würde, wenn er vom Gläubiger belangt und ohne Gebrauch der Einrede condemniert worden wäre oder zur Vermeidung des Processes ein wider ihn ausfallendes Compromiß abgeschlossen hätte, der Vater zwar ex iudicato oder ex stipulatu de peculio, aber, wie ich glaube, doch nur mit bleibender Einrede, die ja dem Sohn selbst noch gegen das Judicat zusteht (oben S. 175), belangt werden können[1]). Eben so der Bürge[2]). Aber auch über sein eigenes Einrederecht kann dem Sohne, wenn es auch in seiner Macht steht, die Einrede bei seiner Belangung nicht zu gebrauchen[3]), am wenigsten, so lange er in der Gewalt steht, ein Verfügungsrecht nicht zuerkannt werden, weil es nach dem Sinne des SC.s, welches dadurch den Gläubiger im öffentlichen Interesse strafen will, publici iuris ist und der Gläubiger sonst durch veranlaßte verbindliche Entsagung auf dasselbe seinen Contract selbst dem Verbot und der Strafe entziehen könnte. Daher auch in der Streitfrage, ob nach kanonischem Rechte eidliche Entsagung wirksam sein würde, die verneinende Ansicht mit Recht jetzt fast allgemein gebilligt wird[4]). Damit steht nicht in Widerspruch, daß wenn der Hausſohn dem Gläubiger fälschlich vorgespiegelt hat, er sei sui iuris, oder sein Vater habe das Darlehn genehmigt, oder er nehme es für dessen Vermögen auf, seine Einrede durch eine doli replicatio entkräftet werden kann nach L. 4. §. 14 D. de doli m. exc. (44, 4)[5]); denn der Dolus, die bewußte Begehung einer Widerrechtlichkeit, ist keine Verfügung über sein Recht. Auch tritt hier, wie beim SC. Velleianum (L. 18 C. ad SC. Vell. 4, 29), mit Recht eine replicatio statt bloßer Versagung der Einrede ein, weil der Grund derselben außerhalb des Gedankens des Verbots des SC.s liegt. Daß

---

[1]) L. 3. §§. 10. 11 D. de pecul. (15, 1). Gewöhnlich übersieht man, daß die hier erwähnte Belangung ex ea causa, ex qua pater de peculio actionem pati non potest, auch den Gelddarlehnsfall umfaßt. Wäre freilich dem Sohne, weil er sui iuris gewesen, die Einrede aberkannt worden, so müßte die Einrede nach den Grundsätzen des Judicats auch dem Vater versagt werden.

[2]) Von diesem vgl. Dietzel S. 115 ff.

[3]) Beides widerspricht einander nicht. So kann der Ehemann auf sein s. g. beneficium competentiae der Frau gegenüber, jeder in und außer Contracten darauf, ein Delict oder einen Dolus, die der Andere begehen möchte, zu ahnden zum Voraus nicht gültig verzichten, obgleich er nachher es unterlassen kann, jene Wohlthat oder sein Recht wegen des Vergehens des Andern gerichtlich geltend zu machen. L. 14. §. 1 D. sol. matr. (24, 3). L. 27. §. 4 D. de pact. (2, 14). L. 1. § 7 D. depos. (16, 3) u. s. w.

[4]) Glück Pand. XIV. S. 313 ff. Holzschuher Theorie und Casuistik I. S. 689 ff.

[5]) Gegen den Vater, der den Dolus des Sohnes allgemein nur in den zu seinem Vortheil geschloſſenen Peculiargeschäften zu vertreten hat (L. 4. §. 17 D. de d. m. exc. 44, 4), würde dem Gläubiger diese replicatio in dem dem Vater feindseligen Darlehn natürlich nicht zu Gute kommen, obgleich dieses Ryck S. 121 annimmt. Wenn aber der Gläubiger durch die Täuschung des Sohnes überhaupt außer Strafe gesetzt wäre (oben S. 171), so hätte auch der Vater an sich die Einrede nicht.

Digitized by Google

der Sohn in diesem Falle auch noch die Edictswohlthat der Verurtheilung blos auf quantum facere potest verliert (L. 10 D. de re iudic. 42, 1) und zwar nach bloßer Cognition des Prätors, beruht darauf, daß sie nach dem Edict selbst nur causa cognita versprochen ist. L. 2 pr. vgl. L. 6 D. quod cum eo (14, 5). Einer Entsagung stände aber auch gleich, daß der Hausſohn seine Schuld dem Gläubiger novierend verspräche, obgleich da bei der formellen Gültigkeit der Promission, die die Darlehnsforderung aufgehoben hat, der Wortlaut der bleibenden exceptio in factum geändert werden müßte, vgl. L. 20 D. h. t. Hätte der Gläubiger den Hausſohn einem Dritten delegiert, so würde diesem an sich, wie die übrigen Einreden, welche dem Deleganten gegen seine nun aufgehobene Forderung und Klage [1]) entgegenstanden, selbst auch die auf dem besondern Verbot des SC.s beruhende nicht entgegengesetzt werden können, weil ja der neue Gläubiger nichts gegen das SC. gethan hat und bei hier bleibender erfüllbarer natürlicher Verbindlichkeit auch sonst die Novation eben so wenig wie die Erfüllung anfechtbar ist. So Paulus in L. 19 D. de novat. (46, 2). Wenn er aber sagt: quia nihil in ea promissione contra senatus consultum fit, so deutet er auch an, daß wenn die Delegation in fraudem SCti geschehen wäre, der collubierende Delegatar oder bei verabredeter und vollzogener Rückdelegation an den Deleganten dieser selbst allerdings auch vom Sohne sich die Einrede gefallen lassen müsse. Dagegen ist, wie im allgemeinen Schlusse der Stelle für alle derartigen Einreden bemerkt wird, der Delegatar nicht verpflichtet, sich danach zu erkundigen, ob solche vorhanden seien, und würde auch ein zufälliges Wissen um das, was ihn ja nichts angeht, ihm nicht schaden (aut si sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur). Paulus spricht blos von Nichtstattfinden der Einrede des Sohnes gegen den Delegatar. Das pflegt man zu der Behauptung zu benützen [2]), daß sie dem Vater gegen die actio de peculio doch bleiben müsse, weil sie ihm auch durch diese Handlung des Sohnes nicht entzogen werden könne. Vielmehr ist aber zu sagen, daß durch die in der Delegation des Sohnes liegende Novation auch die actio de peculio gegen den Vater aufgehoben werde — eben so wie dieses nach Römischem Recht selbst durch die litis contestatio geschieht [3]), weil sie nur dasselbe filiumfam. dare oportere mit blos veränderter Condemnation gegen den Vater verfolgt und nicht einmal, wie die Fidejussion, welche die Novation der Hauptschuld auch aufhebt (L. 4 C. de fidei. 8, 41), auf einem eigenen Contracte beruht. Demnach würde auch die bloße Expromission des Sohnes Seitens eines Dritten, bei der jener selbst nichts thut, den Vater mitbefreien.

Unsere Quellen erkennen den Satz, daß die Handlungen des Hausſohns die Einrede nicht aufheben können, auch damit an, daß sie denselben erst nach aufgehobener Gewalt eine solche Wirkung zuschreiben.

> L. 2 C. h. t. — si — — vel suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit, vel alias debitum agnovit, non esse locum decreto amplissimi ordinis rationis est.

---

[1]) Daß die Delegation nur wie eine Cession wirke nach Ryck S. 106 bedarf — das Römische Recht beider Geschäfte vorausgesetzt — wohl keiner Widerlegung.

[2]) Dietzel S. 92. Schwanert Naturalobl. S. 357, wo wohl leicht statt nicht verdruckt ist.

[3]) Keller Litiscontestation §§. 49. 50.

Digitized by Google

Mit Recht wird dieſes aus der ratio des Verbots abgeleitet. Denn nachdem der Sohn ſelbſtändig geworden, ſteht er für ſein nunmehr eigenes Vermögen mit ſeinem Handeln dem Gläubiger ſelbſt auch hinſichtlich der ihm gegen dieſen zuſtändigen Einrede eben ſo unabhängig von der Rückſicht auf den Vater gegenüber, wie jeder paterfamilias. Wenn nun aber wegen Beſeitigung der Einrede durch ſeine Handlungen nur noch ſein eigenes Verhältniß zu ihr in Betracht kommt, ſo fragt es ſich, welchen Handlungen dieſe Wirkung zuzuſchreiben ſei, ob jedem agnoscere debitum oder, was das dieſem hinzugefügte alias anzudeuten ſcheint, nur einem ſolchen, welches dem als ſo wirkend ſpeciell voraufgeſchickten fidem suam obligare durch Novation gleichwerthig iſt? Darüber können nur innere Gründe entſcheiden. Jedenfalls kann ſeine ‚Anerkennung' nicht wie die des Vaters aus dem Geſichtspunkt einer Genehmigung die Einrede aufheben, wie denn auch dieſer beim Vater angeführte Grund (L. 7. §. 15 h. t.) bei den Handlungen des Sohnes nirgends vorkommt. Denn bei jenem wird das Verbot und die Einrede des SC.s allerdings ſchon dadurch, daß ſeine bloße Billigung des Darlehns (voluntas) vor oder nachher hinzukommt, ausgeſchloſſen. Hinſichtlich des Sohnes findet dagegen die Einrede blos wegen des verbotenen Darlehns, aus dem geklagt wird, Statt, ohne daß ſeine bloße Billigung daran etwas ändern kann, und kann er die in ſeine Hand gelegte Einrede zwar wohl unvorgeſchützt laſſen, aber wegen ihrer öffentlichen Strafnatur nicht gültig auf ſie verzichten (S. 190), ſo behält ſie dieſe Natur doch auch, wenn er sui iuris geworden iſt. Danach müſſen wir aber ſagen, daß nur eine ſolche ‚Anerkennung' die Einrede beſeitigt, welche, wenn auch nicht Zahlung iſt, doch in einem neuen zu dieſem Zwecke eingegangenen Rechtsgeſchäft ſich äußert, aus dem geklagt wird, indem dieſes nicht mehr das der Einrede unterworfene Darlehnsgeſchäft eines Hausſohns iſt. Von dieſer Art ſind denn auch nur die in unſeren Quellen vorkommenden Handlungen des Sohnes, denen dieſe Wirkung beigelegt wird.

Die obige Stelle ſelbſt nennt als ſolche deſſen Novation durch ein novierendes Verſprechen, dem aber auch eine bloße promissio ohne eigentliche Novation, aber in der Abſicht, damit die Schuld als klagbare für ſein Vermögen anzuerkennen, gleichſtehen würde. Wie aber, wenn der Sohn beim Abſchluß der Novation nicht wußte, daß er sui iuris ſei? Dann konnte er auch nicht die Abſicht haben, durch ſein Geſchäft ſich für ſein nunmehr eigenes Vermögen mit Beſeitigung der Einrede zu verpflichten und es würde eine ſolche auch noch gegen die actio ex stipulatu zuſtehen. Daſſelbe wäre zu ſagen, wenn er bei der Novation irrthümlich glaubte, ein rechtmäßiges Darlehn, z. B. mit Bewilligung ſeines Vaters oder in der Meinung, daß in deſſen Abweſenheit die der Mutter hinreiche, geſchloſſen zu haben, da er auch dann nicht die Abſicht haben konnte, damit eine ſonſt unklagbare Schuld für ſein Vermögen anzuerkennen. Ob er nehmlich im Recht oder in facto irrte, würde gleichgültig ſein, wie bei allen irrthümlich übernommenen Verpflichtungen (oben S. 110 Anm. 1), weil in damnis amittendae rei iuris error non nocet. Widerſpricht dem aber nicht Pomponius in L. 20 D. h. t.?

> Si is, cui dum in potestate esset, mutua pecunia data fuerat, paterfamilias factus per ignorantiam facti novatione facta eam pecuniam expromisit, si petatur ex ea stipulatione, in factum excipiendum erit.

In der That legen die Meiſten ſchon nach Vorgang der Basil. 18, 4, 20 (κατὰ

Digitized by Google

ἄγνοιαν φάκτου) und der Gloſſe auf die ignorantia facti im Gegenſatz zum Rechtsirrthum Gewicht und beziehen die Stelle auf den Fall, daß der Promiſſor nicht wußte, daß er zur Zeit des Darlehns Hausſohn war, oder aus einem andern Contract als Darlehn ſchuldig zu ſein glaubte [1]) — allerdings mögliche, aber ſehr weit abliegende und unwahrſcheinliche Fälle des Irrthums. Offenbar denkt Pomponius bei der ignorantia facti an das unmittelbar vorhergehende paterfamilias factus und damit an einen ſehr leicht möglichen Irrthumsfall (vgl. Ulp. 20, 11) — der ſelbſtändig gewordene Promiſſor wußte nicht, daß ſein Vater z. B. geſtorben ſei. Alsdann verliert facti — zu überſetzen: des Geſchehenen, mit ihm Vorgegangenen — die Beziehung auf den techniſch doctrinalen Gegenſatz zu einer ignorantia iuris — auch wenn er aus Rechtsirrthum ſein Freigewordenſein nicht kannte, würde daſſelbe gelten — und der Grund der ihm bleibenden Einrede iſt, daß er auch hier nicht als ein ſolcher angeſehen werden kann, der die Einrede als sui iuris für ſein Vermögen habe aufheben wollen. Weil er aber nicht aus dem vom Senat verbotenen Darlehn belangt wird, iſt die Einrede in factum zu concipieren.

Hätte der bewußt Freigewordene einen Theil der Schuld gezahlt oder ein Pfand für dieſe gegeben, ſo würde im erſten Falle daſſelbe zu ſagen ſein, wie wenn der Vater dieſes gethan hätte, d. h. auch für den Reſt die Einrede wegfallen, wenn er eine Rate nur auf Abſchlag oder Zinſen für die ganze Schuld (vgl. L. 4 C. de non num. pec. 4, 30) zahlte und alſo die ganze Schuld damit anerkennen wollte, im zweiten aber die Verpfändung und hypothecaria actio der Einrede nicht mehr unterliegen, alſo die Anerkennung nur ſo weit das Pfand reicht wirken. L. 7. §. 16 [2]). L. 9 D. h. t. Allerdings liegt in der angefangenen Zahlung des paterfamilias factus nicht ſo eine Ratihabition, wie in der des Vaters, mit der das Darlehn ein ohne ſeine Zuſtimmung gegebenes zu ſein aufhört. Aber mit ihr als einem dem Darlehn correſpondenten und nur umgekehrten Vermögensgeſchäft, das auch ſeiner

---

[1]) Seydel S. 43. Schwanert Naturalobl. S. 355 (der zwar nur von Irrthum überhaupt ſpricht, aber ſich auf Mühlenbruch im Archiv f. civ. Pr. II. S. 429 beruft, welcher error facti erfordert). Ryck S. 116. Ganz eigenthümlich iſt die Auffaſſung von G. E. Treitſchke im Deutſchen Corpus juris. Er überſetzt per ignorantiam facti ‚aus Irrthum der Thatſachen' mit der Anmerkung: ‚in der Meinung, daß ein Anderer es ſchulde'. Wie kann es dann aber eben das Geld ſein, welches er ſelbſt aufgenommen hat? Der Irrthum, daß expromittere nicht auch von einer eigenen Schuld geſagt werden könne (vgl. dagegen Dirkſen manuale Lat. s. v.), ſcheint dieſe Abſonderlichkeit veranlaßt zu haben.

[2]) Wie jetzt §. 16 auf §. 15 folgt, welcher vom Vater ſagt: quasi ratum habuerit, ſieht es ſo aus, als wenn Ulpian zwiſchen solvere coepit in §. 15 und solverit partem debiti in §. 16 einen Unterſchied, ja Gegenſatz machen wollte. Wahrſcheinlich iſt aber am Schluß von §. 15 etwas geſtrichen, was auf die ältere Streitfrage über die ratihabitio des Vaters Bezug hatte (ſ. oben S. 161 ff.). Uebrigens kann man den §. 16: Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit senatus consultum nec solutum repetere potest, m. E. nicht anders verſtehen, als daß das cessare SC., welches letztere ja nur eine exceptio gibt und auch nur darin wegfallen kann, für den Reſt gemeint ſei, weil es da allein möglich iſt, nicht aber mit Dietzel S. 133 es auch auf das Gezahlte beziehen, ſo daß eine Art von Tautologie herauskäme. Auch denkt Ulpian nur an den Wegfall der Einrede des Sohnes, nicht des Vaters, wenn dieſer noch lebt.

Digitized by Google

Art nach an sich aufs Ganze gerichtet ist, wenn es auch quantitativ sich nur erst für einen Theil vollzieht, nimmt der selbständig gewordene Hausſohn das Darlehn als ein gewöhnliches auf ſein jetziges Vermögen — noch gewiſſer könnte man ſagen, als durch die ihn nur verpflichtende Novation. In der Pfandbeſtellung, einem bloßen Sachgeſchäft, liegt eine ſolche Uebernahme der ganzen Schuld auf das Vermögen nicht. Mit ihr gibt aber der Schuldner dem Gläubiger auch eine nun einredefreie Klage und Veräußerungsbefugniß für den Betrag der Sache, ohne daß hier wie beim Vater von einer Ratihabition die Rede ſein kann [1]). Zwiſchen jene beiden Stellen eingeſchoben iſt L. 8 aus Paulus:

Cum tamen a curatore per ignorantiam solutum sit, repeti debet:

das heißt, wenn nicht der paterfamilias factus ſelbſt, ſondern ſein Curator (prodigi oder furiosi, denn nach dem Zuſammenhange mit L. 7 fin. wird, wie da an einen gültig Zahlenden, alſo auch Großjährigen, ſo hier wenigſtens zunächſt an den Curator eines ſolchen gedacht, ohne jedoch den eines Minderjährigen auszuſchließen) irrthümlicher Weiſe zahlte, ſo würde ſogar das Gezahlte zurückgefordert werden können. Denn obgleich eine natürliche Schuld vorliegt, ſo hat doch der Curator nicht das Recht, vom Vermögen ſeines Curanden zu verſchenken, was — im weitern Sinne des Worts — nicht blos in dem Nichtgebrauch der Einrede, ſondern auch in der einredeloſen Neubelaſtung durch wiederholte Obligierung und alſo noch viel mehr in der Zahlung eines Theils deſſen, was nicht eingeklagt werden konnte, liegen würde. Vgl. L. 25 pr. D. de minor. (4, 4). Die Stelle iſt alſo nicht mit Vielen [2]) von der in integrum restitutio minoris zu verſtehen, was auch den Worten nicht entſpricht, und per ignorantiam ſoll blos heißen: indem er, der jetzt allein handelnde Vertreter des fremden Vermögens, von der Macedonianiſchen Natur der Schuld nichts wußte, alſo mit der Zahlung ſie auch nicht einmal als eine rechtmäßige anerkennen konnte, hinfolglich ohne gerechten Grund zahlte. Hätte er dagegen, ihre Natur wohl kennend, aus Rechtsirrthum gezahlt, ſo würde er ſelbſt nicht condicieren, aber auch durch ſeine Handlung dem Vertretenen nicht ſchaden können. Dieſer behielte alſo wegen des noch nicht Gezahlten ſeine exc. SCti und wegen des aus ſeinem Vermögen ſchon Gezahlten die condictio indebiti, beziehungsweiſe den Regreß gegen den Curator.

Eine andere wirkſame Anerkennung, worauf das vel alias debitum agnovit der L. 2 cit. zu beziehen iſt, wäre die Bürgenſtellung, inſofern dann ſowohl der Gläubiger den Bürgen als dieſer wieder den Hauptſchuldner ohne Einrede belangen kann; nicht aber auch, obgleich man dieſes faſt allgemein annimmt [3]), das eigene oder

[1]) Es iſt wohl nicht überflüſſig, ausdrücklich darauf aufmerkſam zu machen, daß wir beim Darlehn nun drei Fälle ſeiner Convaleſcenz (um uns Kürze halber dieſes allerdings vieldeutigen Ausdrucks zu bedienen) durch ſpätere Erfüllung Seitens des Schuldners oder was ihr gleichſteht, kennen gelernt haben, die ſämmtlich darauf beruhen, daß es wie dieſe ein Vermögensgeſchäft iſt, und danach ihre bisher vermißte ſichere Beurtheilung finden: 1. beim Darlehn eines Pupillen ohne Zuziehung des Vormunds (oben S. 89 ff.), 2. bei der exceptio non numeratae pecuniae (S. 192), 3. bei der exceptio SCti Macedoniani.

[2]) So z. B. ſchon der Gloſſe, Seuffert Pandektenrecht II. §. 312 Anm. 8.

[3]) Nicht auch Dietzel S. 127. 13.

Digitized by Google

veranlaßte Constitutum eines Andern nach dem oben S. 187 über L. 3. §. 1 D. de const. pec. (13, 5) Ausgeführten. Das Versprechen von Zinsen oder einer Pön wäre zwar gültig, würde aber die Einrede gegen die Einklagung des Capitals, deren Klaggrund es nicht ändert, nicht aufheben. Auch erwähnen unsere Quellen — was doch so nahe lag — den Verzicht auf die Einrede nicht als gültige Anerkennung, und in der That scheint mir dieser auch Seitens des sui iuris factus, obgleich man wohl ziemlich allgemein das Gegentheil annimmt[1]), nicht gültig und bindend zu sein, d. h. nicht so eine replicatio pacti erzeugen zu können, wie in andern Fällen, wo das Recht zu einer Einrede oder in integrum restitutio lediglich privati iuris ist (pr. I. de repl. (4, 13). Tit. C. si maior factus 2, 46). Und es bestätigt sich damit, was schon früher beim Verzicht des filiusfamilias bemerkt wurde, daß die Gültigkeit des Verzichts überhaupt mit der prohibitiven Natur unserer Einrede in Widerspruch stehen würde. Endlich würde auch in einer bloßen Anerkennung der Schuld nichts weiter liegen, als das rechtlich Irrelevante, daß der Schuldner das Vorhandene, d. h. eine wirklich contrahierte natürliche Darlehnsschuld mit einer Einrede gegen die Klage als solches ansehen wolle[2]).

Ueberall kann aber auch die Handlung des sui iuris Gewordenen nur gegen ihn selbst, nicht auch zum Nachtheile dritter Personen, wie des noch lebenden Vaters oder seiner Erben oder eines Bürgen Wirksamkeit haben.

Die praktische Geltung des Rechts des SC. Macedonianum im heutigen gemeinen Recht ist nicht zu bezweifeln. Der beste Beweis dafür ist wohl, daß nach einigen ältern längst abgewiesenen Versuchen, sie zu bestreiten (vgl. Glück Pand. XIV. S. 354), neuerlich nur ein einziger Schriftsteller die Unanwendbarkeit des SC.s, und zwar der Hauptsache nach — hinsichtlich der Einrede des Haussohns — schon für das Justinianische Recht aus theoretischen Gründen behauptet hat[3]).

---

[1]) Seuffert, der a. a. O. zwar allgemein den Verzicht (aber wohl des filiusfam.?) für unverbindlich erklärt, leitet dieses doch unrichtig aus L. 11. D. h. t. ab, wo es blos heißt, daß der Nichtgebrauch der Einrede den condemnierten filiusfam. nicht hindere, sie noch gegen die Judicatsklage vorzuschützen. Die Stelle spricht also gar nicht eigentlich vom Verzicht.

[2]) Ueber die verschiedenen Meinungen vgl. Dietzel S. 129 ff. Windscheid Pand. §. 373 Note 17. Natürlich berücksichtigen wir hier nicht die allgemein abweichenden Ansichten über die heutige ‚Anerkennung'.

[3]) Dietzel S. 150 ff. Gegen ihn vgl. Ryck S. 122, der zugleich eine Reihe von particularrechtlichen Erweiterungen der Römischen Beschränkungen des Credits der Hauskinder und Minderjährigen in den modernen Staaten anführt.

Digitized by Google

XIII.

Natur der Darlehnsobligation und die deshalb zuſtehende Klage.

Die Natur der Darlehnsobligation hat ſich uns größtentheils ſchon aus der Entwickelung des Begriffs des Mutuum oder Creditum ergeben, ſo daß es für die verſchiedenen Seiten derſelben, beſonders wenn wir unter der Natur im umfänglicheren Sinne auch das Eigenthümliche der Entſtehungsart begreifen, faſt nur einer Zuſammenſtellung und Rückverweiſung bedürfen wird.

Dieſe Obligation entſteht ſofort mit Abſchluß des Realcontracts durch die Vergrößerung des Vermögens des Nachſuchenden um die betreffende Quantität für die in den Contract conſentierenden Perſonen (Abſchn. I—IV), im Falle einer Mehrheit von Perſonen auf der einen oder andern Seite pro rata oder nach Verabredung correal (S. 27), und entſtanden geht ſie beiderſeits auf die Erben über. L. 1 C. de hered. act. (4, 16). Sie geht auf das Geben nicht einer individuellen Sache, ſondern derſelben Quantität und Qualität generiſcher Sachen, welche der Darlehnsſucher empfangen hat, wobei im Falle der Ungewißheit, wie das Genus zu verſtehen, die Verabredung der Parteien oder die Umſtände, aus denen ihr Wille ſich erkennen läßt, maßgebend ſind. So könnte z. B. Waizen als Waizen überhaupt oder von beſtimmter zeitlicher oder örtlicher Provenienz oder Güte zur Beſtimmung des Gegenſtandes der Obligation gegeben ſein und im Zweifel entſcheidet ſtillſchweigend die Beſchaffenheit des Hingegebenen ſo, daß der Gläubiger bei der Rückgabe ſich keine ſchlechtere Sorte gefallen zu laſſen braucht. L. 3 D. h. t. Wäre aber deren Annahme irrthümlich erfolgt, ſo könnte er doch noch klagen, müßte aber auch das Empfangene, welches ſich nun ohne Grund bei ihm befindet, zurückgeben. L. 24. §. 1 D. de pign. act. (13, 7). Beim Gelde als ſolchen kommt es auch nicht auf die Verſchiedenheit der Münzkörper nach Verſchiedenheit der Metalle an, welche die Münzordnung in einem gewiſſen Verhältniß zu einander gleichmäßig für Geld erklärt hat (L. 159 D. de verb. sign. (50, 16). L. 56. §. 1 D. de verb. obl. (45, 1). Seneca de benef. 6, 5, 2), nur daß die Beſtimmungen derſelben für das Verhältniß von Währungs- und Scheidemünze auch beim Darlehn beobachtet werden müſſen: und hätte der Darleiher nach ausdrücklicher Verabredung oder nach den Umſtänden auf die Darlehns- oder ſtipulierte Münzſorte, z. B. mit Rückſicht auf deren ſpecifiſchen Gebrauchs- oder Curswerth [1]) Gewicht gelegt, was, wenn nicht bloße Rechnungsmünze genannt iſt, auch ſchon im Falle bloßer Wahrſcheinlichkeit angenommen werden

---

[1]) So berichtet Tacitus (Germ. 5) von den Grenzgermanen, daß ſie lieber Römiſche Silber- als Goldmünzen nahmen, nulla adfectione animi (wonach bekanntlich die Gallier Goldmünzen vorzogen), sed quia numerus argenteorum facilior usui est promisca ac vilia mercantibus; auch daß ſie formas quasdam nostrae pecuniae agnoscunt atque eligunt .... pecuniam probant veterem et diu notam, serratos bigatosque: auf welche Stelle man auch bei der Erklärung der nummi in aliam formam in L. 99 D. de solut. (46, 3) hätte Rückſicht nehmen ſollen. Der Ausdruck bezieht ſich offenbar auf jede andere Geſtalt und Form einer Münzart bei unverändertem Geldwerth, welche auf deren Gebrauchswerth von Einfluß ſein kann.

Digitized by Google

muß, oder wäre später eine früher unbekannte Form von Münzen obgleich nach demselben Münzsystem ausgeprägt worden, so würde ihm auch keine andere Rückzahlungsmünze zu seinem Schaden aufgedrängt werden können [2]). Oeffentlich verrufene oder cassierte Münzen sind aber auch nicht mehr Geld. L. 24. §. 1 cit. Doch gehört eine vollständige Erörterung dieser und ähnlicher Fragen, welche eben so wohl bei andern auf Geld gehenden Obligationen vorkommen können, in die Lehre vom Gelde.

Die Obligation ist ferner eine stricte, sowohl objectiv nach ihrem Inhalt und in den Grenzen ihres Umfangs, als subjectiv hinsichtlich des dare oportere, indem sie in beiden Beziehungen lediglich durch die zur Rückgabe derselben Quantität und Qualität obligierende Hingabe ins Vermögen des Schuldners bestimmt wird (oben Abschn. II), und es kann wegen ihres rein sächlich generischen Inhalts weder von culpae praestatio, selbst nicht einmal einer positiven durch Verletzung, noch von Gegenansprüchen des Schuldners aus dem Grunde der bona fides bei ihr die Rede sein, nach Römischem Recht namentlich beim Gelddarlehn auch nicht von Verzugszinsen, deren Zuerkennung an den Darlehnsgläubiger durch die Reichsgesetze (wovon später) übrigens die sonstige stricte Natur seiner Obligation nicht geändert hat. Auch der Hinzutritt der Stipulation, die selbst nur als Fiction von diesem Contract entlehnt ist (oben S. 7), ändert, so weit sie dessen Inhalt nicht überschreitet, als blos formelle Wortfassung seines Consenses an der materiellen Natur der Darlehnsobligation nichts; so weit sie aber diesen Inhalt als selbständiger Contract überschreitet, gehört sie nicht hieher; insbesondere ist daher auch, wie schon früher bemerkt, vom s. g. verzinslichen Darlehn in Uebereinstimmung mit unseren Quellen nicht beim Darlehn, sondern in der allgemeinen Lehre von den Zinsen zu handeln, und nur zu bemerken, daß wenn ein Rescript von Diocletian und Maximian die Klagbarkeit von Zinsen, die für ein Darlehn in andern Sachen als Geld durch Pactum ausbedungen sind, bezeugt (L. 23 C. de usur. 4, 32), darin nicht nach der gewöhnlichen Meinung eine Neuerung durch dieses Rescript zu sehen ist, sondern schon älteres Recht, welches, wie jener selbst sagt, auf der qualitativen Unbestimmtheit des erst zu Geld abzuschätzenden Werthes dieser Darlehnssachen beruhte, die für eine solche bloße Grenzbestimmung der Hauptobligation durch lex contractui dicta Raum ließ.

Endlich ist die Darlehnsobligation eine civile. Das Civilrecht hat sie, die

---

[2]) L. 99 D. de solut. (46, 3). Paul. lib. 4 resp. Debitorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquod passurus sit, über deren richtige Lesung creditorem statt des debitorem der Flor. und bisherige Auslegung besonders Heimbach Creditum S. 244 ff. nachzusehen ist. Ich glaube jedoch, daß das Respons des Paulus auf die ‚Multiplargoldmünzen' (Mommsen Gesch. des Röm. Münzw. S. 776), formae binariae, ternariae ja bis bilibres und centenariae, wie man sie nannte, sich bezog, welche zuerst Heliogabalus ausprägen ließ und die Alexander wieder abschaffte und außer Curs setzte, so daß man sie nachher nur materia nannte. Lamprid. Sev. Alex. 39. So ihrem Wortsinn gemäß aufgefaßt ist die L. 99 cit. nicht so fast nichtssagend für uns, wie es Savigny Obl.recht I. S. 471 darstellt. Namentlich würde sie auch zur Anwendung kommen, wenn die neue Ausprägung Schrot oder Korn mit Beibehaltung desselben äußern Werths vermindert oder verschlechtert hätte, was in der mittlern Kaiserzeit so oft vorkam.

Digitized by Google

selbst aus dem ius gentium stammt, mit actio, dem Recht gerichtlicher Geltendmachung (L. 51 D. de obl. et act. 44, 7), ausgestattet, eben so wie das Eigenthum, welches meistens auch schon nach natürlichem Rechte erworben wird. Nur ausnahmsweise wird die Klage unter gewissen Umständen wieder ausgeschlossen, entweder ipso iure oder ope exceptionis und entweder so, daß der Ausschließungsgrund nur die Klage, oder daß er auch die natürliche Obligation aufhebt. Auch davon ist, soweit die Gründe beim Mutuum eigenthümlich wirken, schon gesprochen worden (Darlehnsempfang des Pupillen ohne den Vormund S. 81 ff. Gelddarlehn an einen Haussohn Abschn. XI. XII.).

Die Klage wegen dieser Obligation heißt einmal, aber offenbar nicht technisch, sondern nur in attrahierender Zusammenstellung mit ähnlich und technisch nach dem Contract benannten besonders b. f. actiones actio mutui [1]), einige Male auch actio creditae pecuniae (Tryphonin in L. 12. §. 1 D. de distr. pign. (20, 5), Papinian in L. 19. §. 3 D. de instit. act. 14, 3, oben S. 53) oder certae pecuniae. Seneca de benefic. (3, 7). Ihr gewöhnlicher Name aber, für den es deshalb auch nicht vieler Belegstellen bedarf, ist der allgemeine condictio (pr. I. quib. mod. re contr. 3, 14) oder mit einem vom Gegenstande hergenommenen Zusatze, der nicht dem Mutuum insonderheit zukommt, wie certi condictio, und selbst der Name certae creditae pecuniae condictio oder actio (Gai. 4, 13. 171, vgl. 3, 124. Lex Rubr. c. 21. 22) beschränkt sich nicht auf das Mutuum [2]), da credita hier nach L. 9 D. h. t. im allgemeinen Sinne steht, wo es blos die gesetzlichen Pönalgeldklagen ausschließen und alle stricten Contracts- oder Quasicontractsklagen auf eine bestimmte Geldsumme bezeichnen will. Condictio war aber bekanntlich ursprünglich zur Zeit der legis actiones eine Proceßform, die für gewisse Schuldforderungen, zu denen die unsrige gehörte, nehmlich zuerst de certa pecunia (danda), darauf de omni certa re (danda) eingeführt war (Gai. 4, 17a—19) und dann bald die allgemeinen alten Klagformen auch dafür (sacramento und bei Vereinbarung [3]) per iudicis postulationem) verdrängte. Er bezeichnete also zunächst zwar die Klagbarkeit auch dieser Obligation, wie actio, aber doch in specifischer Weise nach der hier eintretenden Klagart, die durch ein gemeinsames Merkmal des Gegenstandes jener Obligationen (certum dare oportere) bestimmt war, und so im Unterschiede theils von in rem actiones und einstweilen von manchen Deliktsklagen (namentlich denen auf damnum decidere oportere), wofür die Sacramentsform

[1]) L. 5 C. quib. non obicit. (7, 35). Neque mutui neque commodati aut depositi, seu legati vel fideicommissi vel tutelae seu alii cuilibet personali actioni longi temporis praescriptionem obici posse certi iuris est. Doch nennt sie auch Theoph. 3, 14, 1 δανειακὸς κονδικτίτιος. Nicht Name sondern Bezeichnung des Falles oder Grundes ihrer Zuständigkeit ist condictio ex numeratione in L. 9. §. 5 D. h. t.

[2]) Selbst in L. 5 C. de non num. pec. (4, 30) geht der Ausdruck doch nicht auf das reine Mutuum, da ein Chirographum vorausgesetzt wird.

[3]) Nach meiner Ansicht (Die Multa S. 394 ff.). Die neueste Schrift über diese legis actio von Adolf Schmidt (Decanatsprogr. zum 13. Febr. 1881. besonders S. 7 ff.) bestreitet diese Voraussetzung bei stricten persönlichen Klagen und die Zulässigkeit derselben legis actio bei der in rem actio per sponsionem, die schon selbst eine Vereinbarung zu ihr voraussetzte, nach, wie mir scheint, nicht glücklichen Auffassungen der Quellen und Sachverhältnisse. Es würde aber hier zu weit führen, meine Ansicht dagegen zu vertheidigen.

Digitized by Google

nothwendig blieb, theils von arbitria oder b. f. actiones, welche principiell ein certum dare oportere ausschloſſen und, weil durch den Entstehungsgrund der Obligation hinsichtlich des Ob und des Umfangs der Verpflichtung auf richterliches Ermeſſen verwieſen, nach ihrer Natur ſelbſt per iudicis postulationem angeſtellt wurden [1]). Nach Abſchaffung der legis actiones behielt man den Namen für die Klagen aus jenen Obligationen eben ſo wie vindicatio für die wegen Eigen, alſo die in rem actiones bei, obgleich dort keine wirkliche Condiction, hier keine wirkliche Vindication mehr Statt fand, weil in dem an die Stelle tretenden Verfahren per formulas, welches die bisherige eigene Rechtsbehauptung der Parteien in eine beantragte ſchriftliche Anweiſung des Prätors an den judicierenden Richter aufnahm, die Conſtruction der Formeln für beide Arten von Klagen eine auf ihre materielle Natur begründete eigenthümliche war, eigenthümlich nicht blos im Verhältniß beider zu einander, wo ſie auf dem Gegenſatz von abſolutem (dinglichem) Recht und Obligation beruht (Gai. 4, 4. 5), ſondern auch beider zuſammen zu den b. f. actiones — die nur zu einem kleinen Theil nicht auch auf die Seite der Condictionen fallenden civilen Delictsklagen um der Kürze willen hier nicht zu erwähnen. Vindicationen und Condictionen haben nehmlich (bei jenen formell die petitoria formula vorausgeſetzt) nach ihrem Gegenſtande eine rein objective Natur mit einander gemein; dieſer ſoll bei ihnen in ſeinem der richterlichen Beurtheilung vorzulegenden Inhalt nicht erſt, wie in den b. f. actiones durch den Judex ſelbſt nach dem, was die bona fides in Anwendung auf das obligatoriſche Geſchäft, in welches die Parteien nach ihr eintraten mit ſich bringt, beſtimmt werden; er iſt ſchon von vornherein beſtimmt, bei den Vindicationen durch die bloße natürliche Exiſtenz des erworbenen Gegenſtandes ſelbſt, bei den Condictionen dadurch, daß die ſtricten Obligationen nur auf der Verwandlung eines ſolchen Gegenſtandes durch obligatoriſche Hingabe in ein dari oportere, beziehungsweiſe auf der weiteren Entwickelung dieſes Princips mittels Fictionen (oben S. 7 ff.) oder geſetzlicher Beſtimmung beruhen. Daher iſt die Klage hier ein unmittelbarer Anſpruch (petitio) [2]) auf das dem Kläger dinglich Unterworfene oder

---

[1]) Das Nähere hierüber und für das Folgende in meiner Schrift über Multa und Sacram. Cap. 6, beſonders S. 486—496.

[2]) Dieſes der urſprüngliche und eigentliche Sinn von petere und petitio — nicht ſind petitiones ‚Erwerbsklagen' nach Rudorff R. RG. II. S. 144, was ja zu den dinglichen gar nicht paßt — gegenüber den allgemeinen Ausdrücken agere und actio, welcher Unterſchied erſt in der Kaiſerzeit ſich allmählich zu verwiſchen anfängt. Vgl. die Stellen bei v. Keller Röm. Civilproc. 5. Ausg. S. 433. Ueber die Anwendung von petere und condicere auch auf die meiſten civilen Strafklagen ſ. aber Multa und Sacram. S. 436. 462. 259. 269. Zeitſchr. f. geſch. RW. XIII. S. 32. ‚Gaius' S. 112. (Rudorffs Annahme einer reinen in factum actio, die das alte Civilrecht nur für die Executivklage kennt (Gai. 4, 21), auch für die Formel der condictio ex lege Aquilia (ed. perp. §. 69) kann unmöglich richtig ſein.) In dieſem unmittelbaren d. h. von der Vermittelung durch das richterliche Ermeſſen nach dem Entſtehungsgrunde unabhängigen petere der condictio liegt nun aber auch der von Savigny Syſtem V. S. 576 vermißte Grund, den Namen im Formelnverfahren beſonders im Gegenſatze zu den b. f. actiones beizubehalten, durch deſſen Ueberſehen er bewogen wurde, ihn in ſeiner von Quellen und Geſchichte abſehenden dogmatiſchen Auffaſſung der Condictionen (als vermeintlich überall urſprünglich aus dem Mutuum ſtammender Klagen) zu ſuchen und ſich demgemäß eine Verkehrung des

Digitized by Google

Geschuldete, welches die intentio der Formel nur genau zu bezeichnen hat, bei — in dieser Hinsicht — völliger Gleichgültigkeit der Art des Entstehungsgrundes (L. 9 D. de reb. cred. 12, 1) [1]), während dieser bei den b. f. actiones die Hauptsache bildet, durch welche deren intentio auf quicquid N. N. A. A. dare facere oportet ex fide bona erst Sinn und Verstand erhält. Dort beginnt also die Klagformel mit der intentio, hier muß dieser eine demonstratio vorausgehen, nach der auch bekanntlich die einzelnen b. f. actiones im Unterschiede von einander benannt werden (vgl. Multa und Sacram. S. 395). Alle erhaltenen Beispiele von Formeln und Formeltheilen setzen dieses außer Zweifel.

Wenn nun aber neben (certi) condictio auch der vom Entstehungsgrunde hergenommene Ausdruck mutui actio nach L. 5 C. cit., wie ex stipulatu, ex testamento actio und ähnliche andere nach bekannten andern Stellen wenigstens möglich ist, so hat dieses einen andern Grund und Ursprung. Man möchte meinen, denselben, aus dem das adiecta causa vindicare herrührt [2]). Denn daß in der ältern Zeit die intentio in den Condictionen, wenigstens denen aus Contracten, regelmäßig und an sich eben so wie in den Vindicationen allgemein blos auf das petitum ohne alle Berücksichtigung des Entstehungsgrundes des Rechts gelautet habe, so daß der Kläger vor dem Judex irgend einen anführen und beweisen konnte, scheint aus Cicero pro Rosc. Com. 4. 5 hervorzugehen, wo er seinen Clienten gegen eine condictio certae pecuniae so vertheidigte, daß er alle Contractsgründe, aus denen nach den vorliegenden Umständen eine solche etwa herrühren könnte, anführt und deren Nichtvorhandensein im Gegenbeweise urgiert. Sie mußten also doch wohl durch die allgemein lautende intentio auch alle in iudicium deduciert sein, und es liegt dann die Annahme nahe, daß auch eine Consumtion aller Statt gefunden habe und daß, wenn der Kläger diese vermeiden wollte, er eben so wie bei der Vindication, adiecta oder expressa causa habe condicieren müssen, d. h. nach L. 11. §§. 1. 2. L. 14. §. 2 D. de exc. rei iud. (44, 2) durch einen Zusatz zur intentio, welcher die consumierende Wirkung des Processes auf das durch diese causa entstandene Recht beschränkte. Savigny (System VI. S. 522 ff.) nahm zwar für diesen Zweck, namentlich bei Vindicationen, obgleich die Möglichkeit eines Zusatzes zur intentio selbst nicht bestreitend, der ihm nur unwahrscheinlich schien, eine praescriptio an (vgl. auch v. Keller Röm. Civilproc. 1876 S. 350). Das scheint mir aber mit den Worten der angeführten Stellen unverein-

---

Zeugnisses von Gai. 4, 19 durch den eigenmächtigen Zusatz mutuo data zu de omni re certa zu gestatten. Auch soll nach ihm S. 610 in den certi condictiones eine demonstratio zulässig gewesen sein gegen L. 24 D. de reb. cred. (12, 1). Noch weiter entfernt sich freilich von der Wahrheit durch Absehen von Geschichte und Quellen, wer aus der condictio eine auf jeden obligatorischen Anspruch beliebig anwendbare abstracte Klagart macht.

[1]) Dieses eigenthümliche Bestimmtsein der Klage durch ihren erstrebten Gegenstand bezeichnet denn auch der Ausdruck condictitia actio, actio condictionis und bewirkte, daß man wie petere auch vindicare und condicere aliquid sagte.

[2]) Ich bitte dieses nicht als meine Ansicht aus dem in Note 396 S. 495 meiner Schrift über Multa und Sacram. nur zu kurz Angedeuteten zu schließen; das Folgende soll zur völligen Klarstellung der Sache dienen.

Digitized by Google

bar, die adiecta causa unmittelbar nach der Intentio, alſo wie das Wort ſagt, als einen nachfolgenden Zuſatz dazu anführen, was mit einem vorhergehenden Vorbehalt (praescribere Gai. 4, 132. 136, vgl. praedicere L. 48. §. 7 D. de aed. ed. 21, 1) im Gegenſatz ſteht, wie denn auch in verwandten Anwendungen (L. 1. §. 2 D. de rei vind. (6, 1) Fr. Vat. 52) die adiectio ſo als unmittelbar nachfolgender Zuſatz zu dem behaupteten suum esse vorkommt[1]). Auch betreffen wenigſtens alle uns bekannten Beiſpiele ſolcher Präſcriptionen nicht den bloßen Entſtehungsgrund, ſondern die eingeklagte res ipsa, die ſie wenn auch mit jenem zuſammen beſchränken und folglich ändern, weshalb auch die praescriptio de eadem re alio modo bei Cicero nicht (nach Savigny S. 526) die des Gaius 4, 130 ſein kann[2]). Es iſt alſo bei der ſchon von Heffter vertheidigten Anſicht (Rhein. Muſ. III. S. 234) ſtehen zu bleiben, nach der die adiectio causae ex qua zur intentio geſchah. Was nun aber die aufhebende Wirkung der litis contestatio und des Judicats betrifft, ſo ſtand es damit bei der condictio nicht eben ſo, wie bei der vindicatio[3]). Auf einen hier in Betracht kommenden allgemeinen Unterſchied der in rem und aller in personam actiones macht Paulus L. 14. §. 2 D. de exc. rei iud. (44, 2) aufmerkſam:

> ... cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, (die Obligationen bringen in Folge ihrer Natur jede ihren beſondern Entſtehungsgrund mit ſich)[4]) nec ulla earum alterius petitione vitiatur; at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione apprehenduntur; neque enim amplius quam semel res (die ja von ſelbſt und nur einmal exiſtiert) mea esse potest, saepius autem deberi potest (da die Obligation immer erſt durch ihre causa geſchaffen wird)[5]).

---

[1]) Auch darin interpretiert Savigny gegen andere Auslegungen (vgl. Briegleb verm. Abhandl. S. 129 ff.) nicht genau und darum nicht richtig, daß in der L. 11. §. 2. ... Si quis autem petat fundum suum esse eo quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat adiecta causa non debet summoveri die Worte adiecta causa heißen ſollen: weil er in der vorigen Klage jenen Grund angeführt hätte. Sie gehören offenbar zu alia ex causa petat und beſagen: ſo daß er in der jetzigen neuen Klage dieſe alia causa hinzufügt. Thäte er dieſes nicht, ſo wäre es wenigſtens zweifelhaft, ob nicht wieder die ſchon conſumierte causa der vorigen Klage zu verſtehen ſei.

[2]) Ueber deren Sinn vgl. meine Anm. zu Gai. 4, 31.

[3]) Wie Baron Zeitſchr. der Sav.ſtiftung I. Röm. Abth. Heft 3. S. 125 ohne Beachtung des oben Folgenden annimmt.

[4]) So läßt ſich vielleicht, aber ſchwerlich, die überlieferte Lesart allenfalls halten. Vgl. Ihering Jahrb. f. d. Dogm. II. S. 165. Deutlicher wäre jedenfalls cum eadem res ab eodem alia atque alia ex causa (nach L. 22. D. eod. ebenfalls von Paulus) mihi debeatur, singulae obligationes singulas causas sequuntur. Vgl. Mommſens größere Pandektenausgabe.

[5]) Eine andere auf den erſten Blick ſonderbare Annahme der Römiſchen Jurisprudenz, welche ſich auch aus der Zugehörigkeit der die Obligation erſt ſchaffenden causa zu deren Inhalt erklärt, iſt die, daß zwar die stipulatio vini quod in horreo est, eine certa iſt, dagegen die quod mihi Seius debet, oder quod tu mihi ex testamento debes, mihi dare spondes, auch wenn das eine oder andere debitum ein certum iſt, doch

Digitized by Google

Auch abgeſehen davon, daß bei geſchuldeten gleichen Quantitäten derſelben Art von Sachen die eine doch eine ganz andere Menge ſein kann als die andere, was Paulus, der von eadem res ſpricht, nicht eigentlich meinen kann, würde doch auch bei einer aus verſchiedenen Gründen geſchuldeten Species nur wenn die Schuldgründe beide lucrativ ſind und auch dann nur die daran Eigenthum gebende Entrichtung (wiederum weil das Vermögen um die nur einmal exiſtierende Sache auch nicht mehr als einmal bereichert oder vermehrt werden kann), nicht die litis contestatio und das Urtheil oder die Aeſtimationsleiſtung beide Schuldgründe aufheben. Die allgemein gehaltene intentio, wie in der Sache des Roſcius Comödus, deducierte alſo wohl alle Schuldgründe in iudicium, aber nur als möglicher Weiſe gemeinte d. h. alternativ; wirklich ergriffen und conſumiert konnte nur Einer werden, der, an den die Parteien übereinſtimmend gedacht hatten (L. 61 D. de iudic. 5, 1). Hier hatte alſo das adiecta causa agere für den Zweck der auf ſie ſtatt aller zu beſchränkenden Conſumtion keinen Sinn und wird daher auch in unſern Quellen nicht erwähnt (deſto mehr freilich in neueren Darſtellungen). Dagegen gehörte hier die Angabe des Obligationsgrundes mit zu der genauen Bezeichnung des vom Kläger gemeinten Gegenſtandes der Klage, der Obligation ſelbſt, welche Bezeichnung auch die Vindication, da aber nur für die gemeinte vindicierte Sache, erforderte (L. 6 D. de rei vind. 6, 1) und ſie wird hier bei vorſichtiger Abfaſſung der Klagformel (früher der legis actio) in Condictionen ſtets üblich geweſen ſein, z. B. bei Condictionen einer Straffumme ex aliqua lege (Dig. 13, 2), die wir daher immer [1]), nöthigenfalls auch noch mit der übertretenen Vorſchrift derſelben angegeben finden

---

zu den incertae stipulationes gerechnet wird. L. 75. §§. 5. 6 D. de verb. obl. (45. 1). Durch ihre (ſtets von der Perſon ausgehende) causa nimmt die Obligation etwas Subjectives, Perſönliches an, welches die objective Begrenztheit einer certa res ausſchließt. Daher iſt doch wieder die Verpflichtung des Fideiuſſor für einen certum debens ſelbſt eine certa, weil ſie als blos acceſſoriſche nicht erſt den Inhalt der Obligation ſchafft. §. 6 cit. Auch der wohl gegen die praescriptio cuius rei dies fuit erhobene Einwand, es habe einer ſolchen nicht bedurft, da der Stipulator das bereits Fällige mit der certi condictio hätte einklagen können, behebt ſich von ſelbſt, wenn man beachtet, daß in Folge der Zugehörigkeit der causa obligationis zum Inhalt des Rechts, aus einer incerta obligatio kein certum gefordert werden konnte. (Siehe unten die Anm. 2 auf S. 202.) Eine Anwendung auf die naturalis obligatio pupilli, die, wenn auch zunächſt im Sinne einer Verbindlichmachung verſtanden, doch von dem einer Verbindlichkeit nicht getrennt werden kann (oben S. 81 f.) wird dem Leſer wohl von ſelbſt einfallen.

[1]) So auch bei der actio legis Aquiliae. Wenn dieſe, obgleich ſpäter eine condictio (Zeitſchr. f. geſch. RW. XIII. S. 32), doch ſtets actio heißt, ſo erklärt ſich dieſes einfach daraus, daß dieſe Lex älter war, als die legis actio per condictionem aus der alten Lex Silia, alſo nicht eine condictio ex lege nova (L. 1 D. de cond. ex lege (13, 2), die Savigny Syſtem V. S. 514 nicht richtig bezieht, richtig Rudorff ed. perpet. p. 103), wie die ihr ſonſt ſehr ähnliche aus der Lex Julia in L. 27. §§. 15. 16 D. ad l. Jul. de adult. (48, 5), und für die Klage aus ihr jener Name ſich ſchon feſtgeſtellt hatte, als noch die allgemeine legis actio sacramento für ſie galt. Allerdings that man aber auch deshalb ſpäter wohl, bei dem alten Namen zu bleiben, weil, was anderwärts gezeigt worden und worauf wir noch zurückkommen werden, die Formulierung dieſer Klage auf der Lex beruhende Eigenthümlichkeiten gegen die gewöhnliche condictio certae pecuniae hatte.

Digitized by Google

(vgl. die Stellen in meiner Multa und Sacram. S. 259), damit nicht der Beklagte bei bleibender Ungewißheit, welchen Grund man übereinstimmend gemeint habe, dem Kläger seine ganze Klage vor dem Richter unnütz machen könnte (L. 61 cit. L. 83. §. 1 D. de verb. obl. (45, 1); denn die Regel der L. 12 D. de reb. dub. (34, 5) hilft nicht immer aus). Eine so unbestimmte Abfassung der Formel, wie in der causa Rosciana [1]) kam sicher, wenigstens nach ausgebildeter Jurisprudenz und Praxis, nur selten und nur in ganz einfachen Schuldverhältnissen vor, wo es keinem Zweifel unterlag, welchen Entstehungsgrund die Parteien gemeint hätten, und wir finden daher in vielen Stellen auch bei contractlichen oder quasicontractlichen Condictionen die Hinzufügung des Schuldgrundes zur intentio als selbstverständlich erwähnt. Man vergleiche nur außer der Bezugnahme darauf bei Quintil. I. O. 4, 2, 6. Satis est dixisse (in der Rede des Advocaten): „Certam creditam pecuniam peto ex stipulatione: legatum peto ex testamento“ und Gell. 14, 2, 4: petebatur apud me pecunia, quae dicebatur data numerataque, aus eigentlichen Rechtsquellen Gai. 2, 213. 4, 55 (hier: si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur) und nach meiner doch wahrscheinlichen Restitution 4, 53[a]. Schon anderwärts (Multa und Sacram. S. 495) ist aber bemerkt worden, daß von dieser Conception der Condictionen die sehr viel spätern besondern Namen herstammen, wodurch man sie für die theoretische Behandlung der Fälle, welche jede betraf, unterschied, wie condictio indebiti, ob rem dati, ex lege . . ., furtiva u. s. w., die aber, als nicht auf ihrer innern Natur und den Normalformeln des Edicts, sondern nur auf äußern und subjectiven Zweckmäßigkeitsgründen beruhend, bei weitem nicht so feststehend sind, wie die auf der Natur der Klage und dem alten Recht beruhenden Namen der b. f. actiones, wie commodati, empti, venditi u. s. w.; vielmehr blieb es stets Regel, auch die Contracts- oder Quasicontractsgründe in Verbindung mit Condictionen nur so zu erwähnen, daß man bemerkte, aus ihnen stehe eine condictio zu. Vgl. L. 9 D. de reb. cred. (12, 1).

Aus ihrer eigenen ursprünglichen Natur heraus konnte die condictio nur nach ihrem Gegenstande unterschieden werden, und dieses geschah schon zur Zeit der Legis-Actionen durch die beiden leges Silia und Calpurnia selbst so, daß auch hinsichtlich der Contracts- und Quasicontractscondictionen der Darlehnscontract als solcher wie auch irgend ein anderer stricter Contract oder Schuldgrund [2]) dafür

[1]) Möglich ist allerdings, daß zu Ciceros Zeit die Praxis bestanden hat, nach gemachter sponsio et restipulatio tertiae partis für die condictio certae pecuniae als da nothwendig creditae anzunehmen, daß die Parteien übereingekommen seien, letztere nur sive ex adnumeratione, sive ex expensilatione, sive ex stipulatu auch wenn dieses zur intentio nicht hinzugefügt war, zu verstehen. Darauf scheinen einzelne Stellen der Ciceronianischen Rede hinzudeuten.

[2]) Ein solcher konnte sich selbst auch mit einem b. f. negotium verbinden, wenn nehmlich der Schuldner darin z. B. bei Besorgung fremder Geschäfte zugleich aus dem Vermögen des Klägers bereichert und es nach dem ius gentium oder bonum et aequum nicht gerecht war, daß er die Bereicherung behalte, so daß dann die condictio mit der b. f. Contractsklage alternativ concurrierte. L. 11. §. 6. L. 32 D. de act. empti (19, 1). L. 28. §. 4. D. de iureiur. (12, 2). L. 35 D. de serv. pr. urb. (8, 2). L. 5 D. de tutelae (27, 3). L. 2 D. de cond. sine c. (12, 7). L. 5 D. de exc. rei iud. (44, 2).

Digitized by Google

bedeutungslos war; denn war ein Geldbetrag geliehen oder ſonſtwie stricto iure Gegenſtand einer Schuld geworden, ſo fand die condictio aus dem erſten Geſetz (nachher certae pecuniae genannt), wenn andere Sachen, die aus der Lex Calpurnia de omni certa re, gleichviel alſo, ob die Sachen generiſche oder individuelle waren, Statt. Beide zuſammen brachten den Gegenſatz der incerta res oder des incertum mit ſich, wegen deſſen auch nach Erlaß jener Geſetze noch nach älterem Proceß geklagt werden mußte. Der Klagname incerti condictio dafür konnte erſt nach Abſchaffung der Legisactionen und damit auch der wirklichen condictio ſowohl als des sacramento agere, welches mittelbar auch eine condictio enthielt (Gai. 4, 17a nach meiner Reſtitution), aufkommen, weil der nun blos im materiellen Sinne der unmittelbaren petitio feſtgehaltene Ausdruck eben ſowohl die Formel wegen eines incertum als die wegen eines certum begriff. Sehr wahrſcheinlich unterſchied aber ſchon die Lex Silia durch beſondere Capitel weiter die certa pecunia credita von anderer, namentlich aus Delicten und Strafgeſetzen, da ihre beſonderen Feſtſetzungen wegen der erſteren, daß der Kläger da aus einer erzwungenen Strafwette zugleich ein Dritttheil mehr condicieren (Gai. 4, 171. Cic. pro Rosc. Com. 4. 5) und ſtatt der Entſcheidung durch einen gegebenen Richter die durch angetragenen Eid wählen konnte (Multa und Sacram. S. 491), nur für contractliche Schulden [1]) einen Sinn haben. Die Lex Calpurnia wird aber unter dem, was vielleicht erſt die deren Inhalt angebende Theorie omnis certa res (natürlich außer Gelde) nannte, nach L. 1 pr. D. de cond. tritic. (13, 3) zu urtheilen, zuerſt beſtimmte Quantitäten, da ſie ſich eben an die Silia anſchloß, und da oben an geſchuldetes triticum (oleum u. ſ. w.) vor einem beſtimmten fundus und ähnlichen beſtimmten individuellen körperlichen oder unkörperlichen Sachen erwähnt haben, woraus ſich, da das Normalformular im ius Aelianum und die Formel im Edict danach natürlich auf triticum lauteten, der Name condictio triticaria (im Gegenſatz

---

L. 12 D. de novat. (46, 2). Denn dem Kläger durfte die ihm günſtigere ſtricte Klage nicht verſagt werden, wenn deren objective Bedingungen auch vorhanden waren. Daher Ulpians allgemeiner Ausdruck in L. pr. D. de reb. cred. (12, 1), die certi condictio ſtehe ex omni causa, ex omni obligatione zu, ſofern nur ein certum aus ihr petiert werde (petitur, nicht ſubjectiv petere quis velit, wie denn der ganze Gegenſatz von certum und incertum in unſeren Quellen als ein objectiver erſcheint). Nicht iſt die Meinung, daß z. B. auch Kauf- oder Pachtgeld oder Societätsbeitrag mit ihr eingeklagt werden könne, wie man oft mißverſtanden hat. (In L. 52 D. de cond. ind. (12, 6) iſt fideiussorem ſtatt sponsorem interpoliert und die dortige repetitio oder condictio deſſelben gegen den Hauptſchuldner die actio depensi). Indem da der Gegenſtand und Grund der Klage objectiv nur das auf der Eingehung des Contracts beruhende quidquid ob eam rem N. N. A. A. dare facere oportet ex fide bona war, ging eine ſolche Klage eben nicht auf ein certum. Vgl. über die Streitfrage z. B. Bethmann-Hollweg Civilpr. II. §. 93 Note 78. v. Keller Röm. Civilpr. §. 88 Note 107 der 5. Ausg. Baron Zeitſchr. der Sav.ſtifung I. Röm. Abth. Heft 3. S. 132 ff.

[1]) Später mit Inbegriff der aus quaſicontractlichen Geſchäften und nur im Gegenſatz zu denen aus Delicten (von denen nur die condictio furtiva Contractsnatur hat). Dieſes ergibt der Gegenſatz der Beſtimmungen der Lex Julia municipalis, vgl. v. 95 u. 105 u. ſ. w. Siehe unten S. 208. Anm. 2.

Digitized by Google

zu der über certa pecunia) erklärt [1]), nehmlich zur Hervorhebung ihrer einzigen positiven Eigenthümlichkeit (im Gegensatz zur Lex Silia), daß bei ihr dem Richter vor der Condemnation auch noch die Aestimation des bestimmten Klaggegenstandes zustand. L. 3. 4 D. eod.

Daß in der besondern Bestimmung der Lex Silia wegen der Wette in der Klage über certa pecunia credita dieser Ausdruck nicht im engern, auf das Darlehn beschränkten, sondern in dem angegebenen allgemeinern Sinne contractlicher Geldschuld gemeint war, setzt besonders Ciceros Rede pro Rosc. Com. l. c. verglichen mit Gai. 4, 13. 171 außer Zweifel. Denn wenn in jenem Rechtsfalle pecunia certa eingeklagt wurde, wofür die gesetzliche sponsio tertiae partis — es gab aber keine andere solche als die aus der Lex Silia nach Gai. l. c. wegen pecunia certa credita — gemacht war, und Cicero sagt, jene Geldschuld könne entweder auf Darlehn oder auf Litteralcontract oder auf Stipulation beruhen [2]), so ist doch klar, daß die gedachte pecunia certa credita nicht den engern Sinn einer Darlehnsschuld haben kann. Dieses vorausgesetzt, erscheint es aber ganz willkürlich, wenn Viele denselben Ausdruck, wo er sonst vorkommt (vgl. oben S. 198), namentlich in der Lex Rubria über das Gerichtsverfahren in der Provinz Gallia c. XXI. XXII (Bruns fontes p. 93. 94), doch wieder im engern Sinne haben verstehen wollen, wie z. B. Hugo im civilist. Mag. II. S. 485 ff., dem anfangs auch Savigny folgte in der Gesch. des R. R. im Mittelalter I. S. 35 ff. der 1. Ausg. Der letztere überzeugte sich zwar später von der Irrigkeit dieser Deutung, blieb aber doch nach einer neuen andern Erklärung bei der Behauptung (System V. S. 536 ff.), daß in der Lex Rubria l. c. zwischen der Klage wegen pecunia certa credita (in Römischem Gelde bis zum Belauf von nicht über 15000 Sestertien) aus einem Darlehn und allen übrigen Klagen irgend einer Art ein wichtiger Unterschied gemacht werde. Sehen wir zunächst von der Frage ab, ob der von Savigny gemachte Zusatz ‚aus einem Darlehn' richtig ist, so bezieht sich jener Unterschied selbst dort auf die Wirkungen der in iure confessio in den Gallischen Städten, die nach einfachem richtigen Verständniß der Gesetzesstelle für jene erstere Klage dieselben sein sollen, als wenn der Beklagte verurtheilt wäre, mit Berechtigung der Ortsobrigkeit ihn dem Kläger in die Personalhaft zuzusprechen, und, wenn dieser wegen weiterer Execution gegen ihn sich nach Rom wenden will, im Falle des Ungehorsams des letzteren gegen ein von der Ortsobrigkeit erlassenes Decret, dieserhalb sich zur Gestellung in Rom dem Kläger zu verpflichten (vadimonium Romam promitti), ein iudicium recuperatorium (nicht zu verwechseln mit dem vadimonium

---

[1]) Daß er ein vom Marktverkehr stammender, also kaufmännischer Name der Klage gewesen sei nach Bethmann-Hollweg Civilpr. II. S. 267, ist schwer zu glauben. Den Constructionen von Puntschart Der entscheidende Einfluß u. s. w. (Innsprucker Rectoratsrede 1880) über die beiden leges Silia und Calpurnia und Vieles, was damit zusammenhängt (besonders in seiner Anm. 52), vermag ich nicht zu folgen, kann mich aber hier nur auf meine von ihm nicht berücksichtigte Schrift über die Multa berufen.

[2]) Natürlich meint dieses der junge Sachwalt, der kein Compendium schreibt, sondern eine gerichtliche Rede hält, wie schon früher bemerkt worden, in dem Sinne: nach den hier vorliegenden Umständen. Nicht will er doctrinal mit dem Inhalt der L. 9 pr. D. h. t. in Widerspruch treten.

Digitized by Google

factum recuperatoribus suppositis Gai. 4, 184) gegen ihn anzuordnen[1]), während der in iure confessio in allen andern Klagen nur dieselbe Wirkung beigelegt wird, als wenn sie in Rom vor dem dortigen Volksmagistrat erfolgt wäre, mit dessen übrigens vollem Executionsgewährungsrecht auch gegen das Vermögen. Also dort, und das soll nun nach Savigny blos für Gelddarlehnsklagen gelten, eine größere Strenge durch wenigstens zu erlangende Personalexecution gegen den confessus gleich am Orte selbst, die man in andern Klagen auch nur in Rom finden konnte. Auch außerdem hatte derselbe Schriftsteller schon früher angenommen, daß von jeher nur die Klage wegen Gelddarlehnsschuld, übrigens in jedem Betrage, zur Schuldknechtschaft des Belangten geführt habe und dieses Recht nach Abschaffung des nexum aes als Auszeichnung des gewöhnlichen Gelddarlehns stehen geblieben sei[2]). Wäre diese Ansicht richtig, dann müßten wir uns freilich wundern, den Schuldgrund ex mutuo nicht schon in der Lex Silia hervorgehoben und auch später niemals als eine praktisch so wichtige Besonderheit der condictio certae creditae pecuniae — deren regelmäßige Beziehung auf alle stricten contractlichen Geldschulden Savigny selbst zugibt — in dem Falle, wo sie aus einem Darlehn angestellt wurde, angegeben zu finden. Denn in der That findet sich auch nicht die geringste Spur einer

---

[1]) Die Ausdrucksweise des Gesetzes hierüber zeigt, daß es die Berechtigung dazu für alle nach dem gewöhnlichen Recht in Rom zu führenden Processe den Magistraten in Gallien schon in einem frühern Capitel gegeben hatte, wo es von der Einleitung des Processes handelte. Daß aber diese Clausel wegen Anordnung und Erzwingung eines Vadimonium Seitens der dazu überhaupt berechtigten Magistrate in Sachen, worüber das Gesetz die Jurisdiction bestimmten andern Magistraten ausschließlich z. B. nur dem Consul oder Prätor zugewiesen hatte, eine gewöhnliche war, zeigt die Lex agraria, deren v. 34 (Bruns fontes p. 74) bisher völlig unpassend bezogen und ergänzt worden ist. Den Sinn gibt folgende Restitution wieder: Quod vadimonium eius rei c[ausa ut fieret si ad alium mag(istratum) prove mag(istratu) aditum fuerit, quo minus iei eius r]ei causa decernant, eius h. l. n(ihilum) r(ogatur). Quod iudicium iudex recuperator [esve eius rei causa datum iudicareve iussum erit, id ius ratumque esto. — Ueber neuere Mißverständnisse der Stelle der Lex Rubria seit und ungeachtet meiner Erklärung derselben schon im Recht des Nexum S. 163 ff. sind nachzusehen Th. Mommsen in Bekkers und Muthers Jahrb. II. S. 326 und Karlowa Civilpr. S. 332. Das in eum (i. e. confessum) und das mehrmals stehende ita (= in Folge dessen) beschränkt die Vorschrift (was man übersehen hat) nothwendig auf den vorliegenden Fall des confessus. Mommsens Einwand, dem Karlowa beitritt, daß für die beim Prätor zu beantragende missio (bei der, wie bei der beantragten ductio nach der Lex selbst, die defensio gerade besonders wichtig ist und zur Anstellung der iudicati actio — also auch mit einer neuen litis contestatio — führen kann) nicht wie für die litis contestatio Erscheinen d. h. Gehör des Beklagten nothwendig und dafür also vadimonium nicht am Platz gewesen sei, widerspricht der Natur und Geschichte des Römischen Processes, den ganzen Titeln D. quib. ex caus. in poss. (42, 4) und de reb. auct. iud. (42, 5) und der Rede des Cicero pro Quintio.

[2]) System V. S. 621 und in der dort angeführten bekannten akademischen Vorlesung, auch abgedruckt in S.'s vermischten Schriften Bd. 2. XIX. Ihm folgten viele Andere, z. B. Marezoll Institutionen, auch nach der 10. Aufl. §. 129. Schilling Instit. III. S. 238, wiewohl dieser mehr der früheren von Savigny selbst später aufgegebenen Erklärung zu folgen scheint. Aehnlich Rudorff Röm. Rechtsgeschichte I. S. 141.

Digitized by Google

solchen Bevorzugung der Gelddarlehnsklage im ganzen Bereich der Römischen Rechtsquellen. Sie ließe sich aus ihnen auch positiv und abgesehen theils von ihrer großen innern Unwahrscheinlichkeit und von den mannichfachen sonstigen Irrthümern in der Savigny'schen Auffassung des Verhältnisses des nexum aes zum Darlehn, leicht widerlegen, was auch zum Theil schon geschehen ist. Es bedarf aber weder dessen noch eines Eingehens auf die Absicht der Lex Rubria bei dem von ihr wirklich gemachten Unterschied der Klagen, wenn man erfährt, daß diese ganze Ansicht nur auf einem offenbaren Mißverständniß der gedachten Stellen der Lex Rubria beruht. Diese bezeichnet die in Cap. XXI gemeinte Klage mit den Worten:

> A quoquomq(ue) pecunia certa credita signata forma p(ublica) p(opuli) R(omani) — — petetur, quae res non pluris HS. XV erit —

und die des Cap. XXII:

> A quo quid praeter pecuniam certam creditam signatam forma p(ublica) p(opulei) R(omanei) — — petetur quodve cum eo agetur, quae res non pluris HS. XV erit —.

Hier soll nach Savigny mit dem Zusatz signata forma p. p. R. ‚der Gedanke auf das sinnlich wahrnehmbare Object, das der Obligation zu Grunde liegt, gelenkt' werden, um so ‚die aus einem Darlehne in baarem gemünzten Geld entstandene Schuld von allen übrigen Forderungen zu unterscheiden'. Von dieser Absicht ist aber in den Worten gar nichts zu finden. Vielmehr kann es einer aufmerksameren Lesung nicht entgehen [1]), daß das Gesetz mit seinem vorsichtigen und für eine eben erst Romanisierte Grenzprovinz, in der gewiß auch noch viel peregrinisches, wenn auch von den Römern und mit Rücksicht auf den Römischen Verkehr geprägtes Geld wie die victoriati [2]) cursierten, wohlangebrachten Ausdruck nur geschuldetes eigentliches, d. h. Römisches Geld bezeichnete, welches damals nicht mehr in (vom Libripens gewogenem) Kupfer, worauf das aeris confessi der 12 Tafeln geht [3]), sondern in Prägstücken der Römischen Staatsmünze nach Römischen Münzgesetzen und daher in pecunia numerata verschiedener Metalle bestand, weshalb in andern Stellen auch wohl noch numerata zu pecunia hinzugefügt wird, z. B. L. 1 pr. D. de cond. trit. (13, 3); denn ausländische Münzen waren für den Römischen Staat nicht eigentliches Geld, sondern nur mercis loco (Volus. Maec. de assis distrib. 45), welches der Römische Judex in der Condemnation erst auf Römisches Geld reducieren mußte, wenn sein Judicat executiv werden sollte. Ob nun aber dieses Römische Geld mit einer Darlehnsklage, begründet durch Hingabe von Sestertien, Denaren und andern Römischen Münzsorten oder mit der aus einem

---

[1]) Vgl. auch Heimbach Creditum S. 241 ff. und Schilling Institut. III. S. 233.

[2]) Vgl. Heimbach Creditum S. 251 und besonders Mommsen Röm. Münzw. S. 390 ff., dem übrigens dieser Grund der Bezeichnung in der Lex Rubria entgangen ist.

[3]) Ueber den modernen quellenwidrigen, die ganze Geschichte des ältern Röm. Münzwesens beherrschenden und entstellenden Irrthum, daß es in Rom schon lange vor der Silberprägung Römisches geprägtes Geld (civilrechtliche pecunia numerata) gegeben habe, womit man die im Verkehr nach einem gewissen Zeichen gern als vollwichtig genommenen Kupferprägstücke (auch Römischer oder fremder Beamten, aber nicht des Römischen Staats) verwechselt, s. meine Multa und Sacramentum S. 177.

Digitized by Google

andern Contract oder Quasicontract, z. B. Stipulation eines Kaufgeldes [1]), hier wie dort durch Schreiben dieser Münznamen in der Klagformel bezeichnet wurde, ist natürlich und besonders, wenn man bedenkt, daß die meisten Gelddarlehne stipulierte waren, vollkommen gleichgültig. Vgl. L. 6 D. de reb. cred. (12, 1). Die Lex Rubria setzt also in der That nur die allgemeine actio certae creditae pecuniae und zwar wegen geringer Schuldbeträge, wo jenes Executionsmittel ohne die den Schuldner ganz ruinierende missio in bona, allein in der Regel auch wirksam ist, anderen Klagen (auch jener Klage, aber wegen höheren Betrags) entgegen und fügt zu den beiden Auszeichnungen der ersteren nach der Lex Silia [2]) noch eine dritte hinzu, die, schon ursprünglich auf gewisse Städte außerhalb Rom beschränkt, im spätern Recht eben so wie jene weggefallen ist [3]).

Unerfindlich ist aber auch der Unterschied, den Rudorff (ed. perpet. p. 103 not. 4) für die condictio certi mit Rücksicht auf den Entstehungsgrund machen will: sei sie petitio, so könne sie aus jedem Contract, aus dem nur ein certum gefordert werde, wenn aber eine repetitio, nur wegen certa pecunia credita re, verbis oder litteris angestellt werden. Die Quellen ergeben diesen Unterschied nicht, ein Grund aus der Natur der Sache wird dafür nicht angegeben, eben so wenig eine Verschiedenheit in den Wirkungen beider Arten. Und ist nicht z. B. die aus dem Litteralcontract angestellte condictio in der Regel keine repetitio?

Bekanntlich hat der Prätor in seinem Edict nach Vorausschickung des ganz allgemeinen Titels de rebus creditis (L. 1 pr. D. de reb. cred. (12, 1). Fr. Vat. 226) unter dem dann folgenden in den Digesten (12, 1) und in den Codices (Greg. 3, 12. Th. 2, 19. Iust. 4, 2) noch erhaltenen Haupttitel (de rebus creditis et si certum petatur et de condictione), dem dann wieder noch besondere Titel folgten, das, was aus den beiden leges Silia und Calpurnia für seine Jurisdiction resultierte, zusammengefaßt. Bestritten ist aber Sinn und Bedeutung der Ausdrücke

[1]) Es wird auch hieraus verständlich, wie Savigny zu der Ansicht kommen konnte, daß auch darin ein Darlehn liege. Vgl. oben S. 123.

[2]) Auf sie bezieht es sich, wenn die Lex Julia municipalis v. 44 (Bruns fontes p. 97) für die von ihr dort in bestimmter nur um ein Dritttheil gesteigerter Summe eingeführte Ersatzobligation dieselbe Klage und Art des iudicium wie wegen pecunia credita bestimmt, während bei ihren öffentlichen Strafcondictionen v. 95. 105. 125. 135. 140 dieser Zusatz ebenso wenig wie in andern Leges für solche gemacht wird. Auch kommt in ihr und andern Römischen Gesetzen die nähere Angabe pecunia signata forma p. p. R. nicht vor, weil sie Römische Münznamen für ihre Geldsummen gebrauchten und nicht für eine solche Provinz bestimmt waren, wie die Lex Rubria. Uebrigens war zur Zeit der Lex Julia die Anwendung des Eides auf petitio certae creditae pecuniae wahrscheinlich schon durch das prätorische Edict (nicht wie Rudorff ed. perp. §. 94 annimmt, durch die Lex Calpurnia) in gewisser Art verallgemeinert worden und von der Wirkung der in iure confessio vor Stadtmagistraten konnte in einer die Stadt Rom betreffenden Klage von selbst nicht die Rede sein, so daß als von ihr gemeinte Eigenthümlichkeit nur die sponsio tertiae partis übrig bleibt.

[3]) Eine spätere neue processuale Eigenthümlichkeit, die in L. 1 Th. C. si certum pet. (2, 27), setzt, wie es scheint, Gelddarlehne voraus, aber solche, die aus einem chirographum eingeklagt werden. Davon ist schon in einem andern Abschnitt gehandelt worden. Auch sie ist aber im Justinianischen Recht weggefallen.

Digitized by Google

certi, triticaria und incerti condictio, welche neben der bisher behandelten condictio (certae) creditae pecuniae in den Quellen vorkommen, und das Verhältniß derselben zu der im Gegensatz zu ihnen stehenden actio ex stipulatu. Savigny, dem wohl auch jetzt noch die Meisten, wenigstens theilweise, folgen [1]), und an dessen Ausführungen die richtige Ansicht sich jedenfalls am besten anknüpfen läßt [2]), behauptet (System V. S. 622 ff.), certi condictio oder condictio si certum petetur heiße die auf das Geben einer bestimmten Geldsumme, triticaria die auf irgend etwas Anderes gerichtete, so daß sie außer der mit der intentio auf certam aliam rem dare oportere auch die ganze incerti condictio umfasse, während sie selbst weder certi noch incerti heiße, incerti condictio aber die nach einer demonstratio auf Unbestimmtes (intentio: quicquid dare facere o.); die actio ex stipulatu endlich sei nichts Anderes als die condictio triticaria aus einer Stipulation. Von diesen Begriffsbestimmungen ist, wie ich glaube, keine einzige richtig. Die erste scheint freilich auf den ersten Blick unbestreitbar; Ulpian sagt ja in L. 1 pr. D. de cond. trit. (13, 3) geradezu:

> Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur „si certum petetur", qui autem alias res, per triticariam condictionem petet.

Ob aber die erst definierte Klage ausschließlich, ob sie auch abgesehen von dem Gegensatz zur triticaria so heiße, ist damit doch noch nicht entschieden, um so weniger, als davon gemeiniglich petere, condicere mit dem Accusativ des Gegenstandes oder actio, petitio, condictio certae (beziehungsweise auch noch creditae) pecuniae gesagt wird. Cic. pro Rosc. Com. 4. 5. Lex Rubr. c. 21. 22. Jul. munic. v. 44. 45. Seneca de benef. 3, 2 init. Gai. 4, 13. 33. 50. 171. Gell. 14, 2, 4. Vgl. auch L. 14 D. de iureiur. (12, 2). L. 70 D. de procur. (3, 3). L. 12. §. 1 D. de distr. pign. (20, 5). Das zweite halte ich für entschieden unrichtig. Ulpian beschränkt diese Klage in Uebereinstimmung mit der Lex Calpurnia selbst auf alias res praeter pecuniam numeratam und nur von solchen, nicht auch von Gegenständen der incerti condictio (dem facere oportere) ist in dem ganzen Titel de cond. triticaria die Rede. Wenn Ulpian in dessen L. 1. §. 1 bemerkt, daß jedoch Niemand suam rem außer ex causa furtiva [3]), wo bekanntlich die in eigenem Namen Ver-

---

[1]) Man vergleiche über die verschiedenen Meinungen besonders Bethmann-Hollweg Röm. Civilproceß II. §. 93 S. 262 ff. v. Keller Civilpr. §. 88. Rudorff zu Puchtas Cursus der Institutionen III. §. 270 Note c. Heimbach Creditum S. 301 ff. 306. 557 ff. 579 ff.

[2]) Die neueste allgemeine Schrift über diesen Gegenstand, Baron die Condictionen, Berlin 1881, erschien erst nach Vollendung der meinigen. Nach einer Anzeige im Litterarischen Centralblatt 1881, No. 33 geht sie von so vielfach abweichenden Grundanschauungen über den Römischen Civilproceß und dessen Geschichte aus, daß mir eine gründliche Berücksichtigung derselben an dieser Stelle, wo dieser Gegenstand nur gelegentlich zur Frage steht, nicht indiciert schien.

[3]) In L. 9. §. 1 D. de reb. cred. (12, 1) sagt Ulpian: Competit haec actio etiam ex legati causa et ex lege Aquilia: sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicitur. sed et si ex senatusconsulto agetur, competit haec actio, veluti si is, cui fiduciaria hereditas restituta est, agere volet. Sowohl der Inhalt der letzten Periode als auch wie dieser Fall einer certi condictio an den der condictio furtiva angeschlossen werden konnte, ist ein bis jetzt ungelöstes Räthsel. Denn die Auslegung

Digitized by Google

äußerungsberechtigte, der direct vindicieren kann (Eigenthümer, Pfandgläubiger), auch von der Annahme ausgehen darf, der Dieb hätte wirklich das Eigenthum der Sache beziehungsweise nach ihrem Pfandwerth vom Kläger auf sich nur ohne gerechten Grund übertragen, diese Klage anstellen könne, und in L. 2 aus einem andern Werke von ihm hinzugefügt wird, daß von der res vi possessa dasselbe gelte, wie von der furtiva, jedoch nur wenn der Eigenthümer klage und es sich also um die res, nicht blos um die possessio handele, obgleich die letztere auch (man verstehe aber: mit der incerti condictio) condiciert werden könne, so dient dieses in Beihalt von Gai. 4, 4 und Fest. v. Possessio p. 233 (Jurispr. antei. p. 96) nur zur Bestätigung, daß blos bestimmte, aus dem Vermögen (wirklich oder fingiert) übertragene Sachen Gegenstand dieser auch nur auf dare oportere gerichteten Klage sind. Savigny beruft sich zwar (S. 626) neben seinem willkürlichen Ver-

---

von Hefftter obs. ad Gai. lib. IV. p. 67 und Savigny System V. S. 587 (ältere aus der Zeit vor Auffindung des Gaius nicht zu erwähnen), daß auch der Fideicommißerbe jede erbschaftliche, also auch eine certi condictio anstellen könne, wird in diesem Zusammenhange Niemand befriedigen. Das Richtige scheint mir Folgendes. Nach dem SC. Pegasianum kann der Fiduciarerbe, welcher von der Lex Falcidia für die überschwerte Erbschaft Gebrauch machen will, das Fideicommiß als partitio legata (pars bonorum data) ansehen und demgemäß die Quarta Falcidia abziehen. Gai. 2, 254. Es wurden dann die bekannten Stipulationen abgeschlossen und die Klage des Fideicommissars war also die condictio aus der partis dandae stipulatio oder wenn die ganze Erbschaft herausgegeben werden sollte, aus der Stipulation des Scheinkaufs der Erbschaft. Doch nahm man später an, daß wenigstens in dem letzt gedachten Falle, wenn der Erbe die Quart nicht abziehen wollte, die Restitution nach dem Trebellianum zu geschehen habe (Paul. 4, 3, 2. anders noch nach Gai. 2, 257), wonach der Fideicommissar die in rem actio (petitio hereditatis fideicommissaria) hatte. Wie nun, wenn der Fiduciar die Restitution schlechthin erklärt hatte, ohne sich über die Zurückbehaltung der Quart auszusprechen? Der Fideicommissar konnte dieses dann wohl als eine Restitution aus dem Trebellianum ansehen, wonach er schon Eigenthümer der Erbschaft und zwar ohne Abzug war, billiger Weise aber auch (si agere volet, d. h. wenn er die wirkliche Restitution erst durch Klage und dann mit Zugestehung des Abzugs erlangen will) noch auf das SC. Pegasianum zurückgehen. Also ein ähnlicher Fall der alternativen Concurrenz von in rem actio und condictio, wie bei der condictio furtiva und deshalb nach dieser erwähnt. Ulpian hatte die Sache gewiß ausführlicher dargestellt, was jedoch ohne — die jetzt verbotene — Erwähnung des SC. Pegasianum nicht möglich war und ebendeshalb für die Pandekten sich nicht eignete. Die Compilatoren ließen aber wohl diesen Fall der condictio in abgekürzter Form auch nach §. 7 I. de fideic. her. (2, 23) nicht überhaupt weg, weil der Abzug der Quart nach der ipso iure wirkenden Falcidia der hereditatis petitio fideicommissaria gegenüber in der That etwas Ungeeignetes hat und daher in der Praxis noch Pegasianisch per condictionem geschah. Ulpian sagt veluti, zum Beispiel; ein anderer wahrscheinlich von den Compilatoren gestrichener Fall einer mit der in rem actio (Publiciana) concurrierenden condictio ex SCto war nehmlich der aus dem Neronianum, wenn die per vindicationem legierte Sache nur in bonis des Erblassers war (vielleicht auch wenn sie ihm ex i. Qu. gehörte, weil man später meinte, daß das richtig hinterlassene Legat doch kein schlechteres Recht haben dürfe, so daß dann die condictio ex SCto mit der rei vindicatio concurrierte). Der übrig gebliebene Fall der certi condictio zeigt übrigens, daß man auch die pars hereditatis danda oder die ganze als certa res nach der Lex Calpurnia ansah.

Digitized by Google

ständniß der condictio possessionis in L. 2 als einer triticaria darauf, daß noch L. 1 pr. selbst auch ein fundus vectigalis mit der triticaria soll eingeklagt werden können. Aber nach richtiger Ansicht ist der fundus vectigalis, der ja auch mit einer in rem actio eingeklagt werden kann, eben sowohl wie der im bonitarischen Eigenthum, der b. f. possessus und der superficiare als zu absolutem Rechte zuständig in bonis (L. 52 D. de acq. rer. dom. (41, 1). L. 49 D. de verb. sign. 50, 16) und Gegenstand des dare, hier wie bei der dotis datio, und materiell selbst noch mehr, als die Servituten, die nach Ulpians Zeugniß auch Gegenstand der petitio durch die triticaria sind[1]). So hat also wohl das certum in certi condictio einen engern und weitern Sinn, jenen im Gegensatz der auf certa pecunia gehenden certi condictio zur triticaria, diesen, wenn certi condictio schlechthin steht, wo sie jene beiden zusammen umfaßt, triticaria aber immer nur den einen Sinn der auf das dare von andern Sachen als Geld gerichteten condictio. Endlich ist condictio incerti die, welche — im Gegensatz zu der certi und triticaria — von vornherein mit quicquid etc. nicht oder nicht blos auf ein rem certam dare, sondern auch auf ein facere oportere gerichtet ist. Und dieses bestätigen auch Geschichte, Sprache und ausdrückliche Stellen.

Geschichte und Sprache. Als nach Abschaffung der Legisactionen dem Prätor oblag, die Formeln in seinem Edicte aufzustellen, welche im Falle einer durch das Civilrecht begründeten petitio in personam in dem oben (S. 199) angegebenen Sinne anstatt der bisherigen legis actio zu geben waren, konnte er fast nicht anders, wenn er nur logisch und natürlich verfahren wollte, als daß er zunächst die bisher auch durch die leges Silia et Calpurnia zu einem besonderen Verfahren hervorgehobenen Fälle der certa pecunia und aliae res certae unter dem Ausdruck si certum petatur zusammenfaßte. Dieses Neutrum blos auf certa pecunia zu beziehen, wäre sinnwidrig; den zusammenfassenden Sinn des Titels bezeugen auch die Edictscommentatoren, indem sie hier (Ulp. lib. 26. Paul. lib. 28 ad edictum — daraus besonders auch die allgemeine Erklärung des certum in L. 6 D. de reb. cred. 12, 1) die ganze Lehre vom Mutuum, nicht blos dem in Gelde, behandelten, und auch Gaius stellt (4, 33) für das certum der intentio pecuniam und rem aliquam certam debitam einander mit sive . . . sive gleich. Wohl aber hatte der Prätor hier zuerst wieder die Formel für certa pecunia mit gleichlautender Geldsumme in intentio und condemnatio anzugeben und deren ganzes besonderes Recht nach der Lex Silia (Sponsio und Eid) zu behandeln (Rudorff edictum perp. §. 94), ehe er die Formel der condictio triticaria aus

---

[1]) Wie Rudorff RG. II. S. 147 aus der L. 1 pr. den Ausspruch herauslesen kann, daß dingliche Rechte dritter Personen an dem geklagten Grundstücke dessen dare oportere nicht ausschließen, verstehe ich nicht, so richtig übrigens, aber auch selbstverständlich diese Behauptung ist. Er vermengt dort und S. 148 Vieles, auch den Begriff des certum oder incertum als Gegenstand der Stipulation und der condictio und sogar die actio praescriptis verbis mit der condictio. In L. 19. §. 2 D. de precar. (43, 26) ist id est offenbar verderbt, vielleicht aus item. Die Latinische Klage aus den Sponsalien bei Gell. 4, 4, 2 gehört m. E. nur deshalb auch nicht unter die Lex Calpurnia, wenn diese, wie wahrscheinlich, von den Latinern recipiert war, weil eine sponsa keine res ist — wenigstens nach Römischer Auffassung.

Digitized by Google

der Lex Calpurnia, wahrscheinlich doch auch unter einem besondern Titel, aufstellte, wovon daher Ulpian auch erst lib. 27 ad edictum handelt, und danach kann es doch nicht befremden, daß Ulpian hier die Klage wegen certa pecunia numerata als die condictio (unter dem Titel) si certum petetur, also im engern Sinne, bezeichnet. Was die die certi condictio erwähnenden Stellen betrifft, so läßt sich zwar, ob Ulpian in L. 9 pr. §. 1 D. h. t. aus lib. 26 ad ed. die certi condictio in demselben engern oder im weitern Sinne verstanden habe, nach dem Inhalt der Stelle selbst mit Bestimmtheit nicht sagen; das letztere ist aber viel wahrscheinlicher, da sie nach ihm zuständig sein soll ex omni obligatione ex qua certum petitur — wo doch sonst, als in der Erklärung, certa pecunia hätte stehen müssen, wenn er irgend deutlich sprechen wollte — und es weiterhin heißt: competit haec actio etiam ex legati causa und ex causa furtiva per hanc actionem condicitur u. s. w., wo es nicht natürlich und nach unserer Erklärung des ex senatusconsulto selbst nicht möglich ist, überall nur an Geld zu denken. Entschieden bezieht aber Julian und der ihn nur referierende Ulpian die certi condictio auf alle res amotae, nicht blos Geld, in L. 17. §. 2 D. rer. amot. (25, 2), welche Stelle Savigny ganz entgangen zu sein scheint, und L. 24 D. eod. ebenfalls von Ulpian ergibt ohne Deutelei dasselbe, da certum stipulatus nach L. 75 D. de verb. obl. (45, 1) doch nicht blos certam pecuniam stipulatus heißen kann. Aber auch die Edictsüberschrift si certum petetur versteht Callistratus lib. 2 ed. monitorii im weitern Sinne in Beziehung auf alle Sachen, wenn er in L. 1 pr. D. de interrog. (11, 1) sagt:

> Est autem interrogatio tunc necessaria, cum in personam sit actio et ita si certum petetur: ne dum ignoret actor, qua ex parte adversarius defuncto heres extiterit, interdum plus petendo aliquid damni sentiat.

Savignys Erklärung (S. 635), daß bei aliae res certae außer Gelde und nur bei diesen dem Kläger auch eine — bei persönlichen Klagen uns unbekannte — incertae partis intentio: qua ex parte reus defuncti heres est zugestanden habe, ist doch bloße in sich unbegründete Behauptung und darum bloßer Nothbehelf. In der Gefahr der pluris petitio mußten sich beide certi condictiones offenbar ganz gleichstehen. Und daraus erklärt sich auch, weshalb der Name triticaria in den Quellen blos gelegentlich gar nicht vorkommt. Begriff nehmlich die condictio certi auch sie mit, namentlich für die hier gleichfalls mögliche pluris petitio, so blieb der triticaria dann nur die bisherige Art der condemnatio eigenthümlich, von der aber nach Abschaffung der legis actiones außer dem Falle, daß sie die Klage materiell beschränkte (de peculio, de in rem verso), überhaupt keine Klagnamen mehr entlehnt wurden, weil sie im neuen Verfahren, wo alle Condemnationen auf Geld lauteten, eben keine Eigenthümlichkeit mehr war. Veranlassung und Name war also im Edict selbst nur als eine herkömmliche Antiquität aufgenommen worden. — Die incerti condictio endlich unterschied von denen aus den beiden leges geschichtlich schon die frühere processual andere Behandlung der unter sie fallenden Obligationen, da deren Einklagung, so lange die legis actiones bestanden [1]), mit

[1]) Daß dieser Zeit schon eine Klage mit der Behauptung Te Mihi Dare Facere

Digitized by Google

der allgemeinen actio sacramento oder per iudicis postulationem geſchah, ſprachlich aber, daß der Prätor dafür jetzt die Formel mit der intentio quicquid dare facere oportet (Gai. 3, 213. 4, 130) aufſtellte, was gewiß erſt ſpäter und an einer andern Stelle ſeines Edicts [1]) geſchah und wobei der Ausdruck facere, der alles dem Gläubiger vortheilhafte, aber blos factiſche, d. h. nicht ein suum übertragende Verhalten des Schuldners, worauf die Obligation allein oder neben einem dare ging, begriff, von den b. f. actiones entlehnt war. Wird dieſe condictio in einigen Stellen (L. 8 D. de usufr. ear. rer. (7, 5). L. 12 D. de novat. (46, 2), vgl. L. 42 §. 1 D. de reb. cred. 12, 1) ausdrücklich oder dem Sinne nach in Gegenſatz zur certae pecuniae condictio geſtellt, ſo geſchieht dieſes doch nur, weil da nach dem vorausgeſetzten Falle gerade dieſe beſtimmte Leiſtung dem facere gegenüberſtand. Im Uebrigen finden wir den Ausdruck condictio (mitunter auch actio) incerti [2]) oder die intentio incerta ſelbſt niemals bei einer Klage auf bloßes rem certam dare, ſondern — um die vorkommenden Beiſpiele möglichſt vollſtändig zuſammen zu ſtellen — wenn die ſtricte Obligation blos oder auch auf erſt durch Aeſtimation zu ermittelnde Beträge (L. 59. §. 1 D. de iure dot. (23, 3). L. 40. §. 1 D. de cond. indeb. 12, 6), oder auf der Zahl nach ungewiſſe Geldpräſtationen (Gai. 4, 130. 136), auf Errichtung einer erſt noch näher zu beſtimmenden Servitut (L. 35 D. de serv. pr. urb. (8, 2). L. 8 pr. D. de act. empti (19, 1). L. 22. §. 1 D. de cond. ind. 12, 6), auf eigene Abſchließung oder Herbeiführung eines Contracts (L. 8 D. de usufr. ear. rer. (7, 5). L. ult. §. 1 D. de reb. cred. (12, 1). L. 16. §. 2 D. de minor. 4, 4), auf Befreiung von einer Obligation (L. 3 D. de cond. sine causa (12, 7). L. 5. §. 1 D. de act. empti (19, 1). L. 2. §. 3 D. de donat. (39, 5). L. 12 D. de novat. (46, 2). L. 8. §. 6 D. de lib. leg. (34, 3). L. 2. §§. 3. 4 D. de donat. (39, 5). L. 7 D. de doli m. exc. 44, 4), auf das Intereſſe an der bedungenen Leiſtung an einen Dritten (L. 3 C. de inutil. stip. (8, 39), vgl. L. 2. §. 4 D. de eo quod certo 13, 4), auf die Verſchaffung des bloßen Beſitzes [3]) (L. 12. §. 2 D. de cond. furt. (13, 1). L. 4 pr. D. de usur. (22, 1), vgl. L. 15. §. 1 D. de cond. ind. (12, 6) im Gegenſatz dazu, wo ſie ſchon zum vollen dare oportere gehört, Gai. 2, 204), auf das Intereſſe wegen nicht geübten Retentionsrechts (L. 60 D. de leg. 1), auf das bloße Geſtatten etwas an ſich zu nehmen, oder ſonſtiges Leiden von etwas (Gai. 2, 213, vgl. L. 1 D. de usu leg. 33, 2), auf die Anerkennung eines Urtheils (L. 27. §. 7 D. de rec. 4, 8), auf die Geſtellung vor Gericht (L. 3 D. si quis ius dic. 2, 5) geht. Sachlich eigenthümlich war ihr aber, daß ſie an ſich (außer in

---

Oportere angehörte, ſcheinen, obwohl nicht ganz ſicher, auch dieſe notae bei Valerius Probus aus der Einſiedler Handſchrift (Jurispr. antei. p. 141) zu beweiſen.

[1]) An welcher, wird ſich ſpäter ergeben.

[2]) Daß die Klage actio incerti und nur dann, wenn ein materielles Rückforderungsrecht in Frage ſteht, condictio incerti heiße, wie Rudorff R. RG. II. S. 148 behauptet, iſt nach den oben citierten Stellen eben ſo irrig, wie daß ſie (verwechſelt mit der actio ex stipulatu) der legis actio per iudicis postulationem nachgebildet ſein ſoll.

[3]) Dahin gehören auch L. 4. §. 1. 2 D. h. t. ſoweit von Condicierung der Pfandſache nach bezahlter Schuld und der vi fluminis importata die Rede iſt, nur daß die condictio da nur allgemein genannt wird.

Digitized by Google

manchen Fällen durch praescriptio) untheilbar[1]), eine pluris petitio durch sie unmöglich (Gai. 4, 54) und die Aestimation in ihr nicht auf einen objectiven Sachwerth beschränkt ist, sondern, dem seiner Natur nach persönlichen facere entsprechend, stets der Vermögensschaden abgeschätzt werden muß, wovon, wie von anderm Sachlichen, wir hier nicht weiter handeln.

Es bleibt uns noch die actio ex stipulatu übrig. Auch diese ist nicht die condictio triticaria in deren vermeintlichem allgemeinen Sinne. Daß sie überhaupt keine condictio sei, nimmt selbst schon die früher herrschende Meinung nach dem klaren Inhalt der Quellen mit Recht an; denn nach pr. I. de verb. obl. (3, 17) entspringen aus dem Verbalcontract zwei verschiedene Klagen, die condictio certi, wenn die Stipulation eine certa (oder certi L. 74. 75 pr. 118. §. 2 D. de verb. obl. 45, 1) ist, die actio ex stipulatu im Falle einer incerta, und auch nach L. 24 D. de reb. cred. (12, 1) kann der, welcher certum stipuliert hat, nicht ex stipulatu, sondern nur mit der certi condictio klagen, weshalb auch in L. 6 C. de contr. stip. (8, 38) zwischen certi und incerti stipulatio für die Klage unterschieden wird. In L. 4 pr. D. de usur. (22, 1) wird aber auch für die Stipulation

---

[1]) Wohl erst die Jurisprudenz übertrug auf sie nach L. 72 pr. D. de verb. obl. (45, 1), wenn gegen das geschuldete facere gehandelt und dieses damit gleichsam zerstört war, das Princip der certi condictio aus der Lex Aquilia (vgl. meinen ‚Gaius' S. 112), besonders c. II. und III, daß der Kläger suo iure von vornherein das von der Lex nur zum Theil bestimmter und strafweise (c. I) angegebene Interesse abschätzen und dann eine theilbare condictio certae pecuniae anstellen konnte. Eine eben solche petitio pecuniae fand aber auch Statt, wenn eine Wohnung oder operae als vermeintlich geschuldet entrichtet oder die so entrichteten z. B. vertretbaren Sachen vom Empfänger consumiert oder andere verschuldet untergegangen waren. L. 65. §§. 6. 7. 8. L. 26. §. 12. L. 40 §. 2 D. de cond. indeb. (12, 6). Ob in solchen Fällen der certae pecuniae condictio der Kläger seiner intentio auch, wie nach meiner Ansicht bei der Klage aus der Lex Aquilia, ein quantive ea res minoris sit beifügen mußte, wissen wir freilich nicht. Jedenfalls mußte dem Beklagten und dem Richter wegen eines wahren Minderbetrags das Nöthige vorbehalten bleiben. Baron in der Zeitschr. der Sav.stiftung I. Röm. Abth. Heft 3. S. 117. bestreitet auch bei der actio legis Aquiliae die certi condictio nach meiner Formulierung, aber aus Gründen der condemnatio (mit oder ohne taxatio, wovon die von der Lex hier dem Kläger zugestandene Aestimation — L. 2 pr. L. 21 pr. §. 2 D. ad l. Aquil. (9, 2) — ganz verschieden ist) nach Gai. 4, 50. 51, und weil es unzählige andere Klagen gebe, die wie z. B. die rei vindicatio auf eine Aestimation gingen (?), ohne eine condictio certi zu sein. Er erwägt nicht, daß für die letztere Eigenschaft ausschließlich die intentio, die auch allein sagt, worauf die Klage (im Unterschiede von der vom Prätor ausgehenden Condemnation) gehe (Gai. 4, 41. 50. 51), entscheidet, die condemnatio ganz gleichgültig ist, und daß wenn Gaius l. c. als Beispiel (velut) eine certa condemnatio bei der gewöhnlichen certae (creditae) pecuniae condictio anführt, daraus nicht folgt, daß eine weniger gewöhnliche nicht auch eine incerta condemnatio haben konnte. Wenn aber L. 9. §. 1 pr. D. h. t. nur schlechthin sagt, daß die certi condictio aus der Lex Aquilia zustehe, so bedürfte es, um dieses so zu verstehen, daß es nicht immer so sei, doch mindestens der Angabe von Fällen, wo es so sei, was, wenn man für die certi condictio immer auch eine certa condemnatio erfordert, schwer sein dürfte, da die Lex für ihre dare stets ein zu ästimierendes Quantum setzt. — Ueber prätorische Stipulationen auf ein incertum vgl. L. 2. §. 2 D. de stip. praet. (46, 5).

Digitized by Google

rem dari vacuamque possessionem tradi wegen des letztern Zusatzes zu ihr eine actio incerti ex stipulatu erwähnt. Auch ist sie gemeint in L. 1. §. 4 D. quar. rer. act. (44, 4). L. 6 C. de transact. (2, 4) (unsicherer in L. 33 C. eod., vgl. Paul. 2, 22, 2). L. 3 C. de inutil. stip. (8, 39). L. 122. §. 1 D. de verb. obl. (45, 1). Natur, Veranlassung und Grund dieser Klagverschiedenheit liegen noch im Dunkeln [1]) und doch muß dieser Unterschied wenigstens für das Verständniß des ältern Klagrechts von Wichtigkeit gewesen sein, da noch im Justinianischen Recht ausführliche Auseinandersetzungen über den Unterschied von certa und incerta stipulatio vorkommen (L. 74. 75. 118. §. 2 D. de verb. obl. 45, 1). Mit Recht ist schon bemerkt worden, daß certum und incertum bei der Unterscheidung von stipulatio certi und incerti nicht dieselbe Bedeutung haben, wie bei der condictio certi und incerti, da z. B. die stipulatio ususfructus eines bestimmten Grundstücks nach L. 75. §. 3 cit. incerti ist, während aus ihr nach L. 1 pr. D. de tritic. cond. (13, 3) eine triticaria, also certi condictio entspringt, und überhaupt die Begriffsbestimmung des certum dort eine materielle: bei dem das quid quale quantum bestimmt sei (L. 75 pr. cit.), hier die formelle einer intentio auf rem dare (nicht quidquid dare facere) oportere ist [2]).

Nach dem, was vorhin über die Natur der condictio als einer petitio bemerkt ist, werden wir der vermuthungsweise auch schon von Andern geäußerten Ansicht beitreten müssen, daß der Unterschied zwischen der actio (incerti) ex stipulatu und der condictio auch incerti darin bestand, daß dort die Formel eben so wie in b. f. actiones mit einer demonstratio begann: quod A. A.us a N. N.o incertum stipulatus est, oder, wenn es nicht auf Theilung des Gegenstandes der Stipulation ankam, mit Angabe des concreten incertum selbst: quod A. A.us de N. N.o usumfructum illius agri dari stipulatus est [3]), worauf die gewöhnliche intentio incerta: quidquid ob eam rem N. N.um A. A.o dare facere oportet folgte, während die incerti condictio als petitio gleich mit dieser intentio quidquid paret etc. eröffnet wurde und der Kläger zu ihr nur deren Grund, z. B. ex ea causa, quod A. A.us a N. N.o illam fossam fodiri stipulatus est, hinzufügen konnte. Dieses bestätigt auch außer dem nun eben so wie bei den b. f. actiones (vgl. Gai. 4, 131) von dem zu Grunde liegenden Geschäft und der demonstratio entlehnten Namen ex stipulatu — wohl zu unterscheiden von der selbst bei der certi condictio gleichlautenden Angabe des factischen Ursprungs der intentio bei und zwar nach dieser selbst

---

[1]) Vgl. v. Keller Civilpr. §. 88. 5. Ausg. S. 441 ff. Rudorff R. RG. II. S. 148. Heimbach Creditum a. a. O.

[2]) Auch bei Unterscheidung des certum oder incertum confessus, wo es darauf ankam, ob das gerichtliche Eingeständniß die Sache so weit erledigte, daß höchstens nur die Aestimation einer bestimmten Sache für die Condemnation übrig blieb, war die Bedeutung wieder eine eigenthümliche. L. 3. 5. 6 pr. §. 1 D. de confess. (42, 2). Ueber das legatum certum (Gai. 4, 9. §. 7 I. de obl. q. ex contr. 3, 27) vgl. Zeitschr. f. gesch. RW. XIII. S. 258 ff. und meine Bem. in der Ausg. des Gai. 4, 9. In dieser ist zu den Citaten ad 2, 202 über Fälle des incertum noch L. 51 pr. §. 1 D. de pact. (2, 14) aus Ulpians lib. 26 ad ed., wo er von der condictio si certum pet. handelte, hinzuzufügen.

[3]) Vgl. v. Keller in der Zeitschr. f. gesch. RW. XV. S. 143.

Digitized by Google

— die uns von Gaius 4, 136 bei Gelegenheit der Präscriptionen genau so referierte formula incerta, der er 4, 131 die formula (condictionis) qua incertum petimus (vgl. 4, 51) entgegensetzt. Sowohl die incerta formula condictionis s. petitionis mit beginnendem quidquid und dem zu dare hinzugefügten vielumfassenden facere als die ex stipulatu actio mit beginnender demonstratio und dem negativ nicht weniger umfassenden incertum waren Neuerungen der Jurisprudenz und des Prätors im Interesse des Verkehrs, welche wenigstens in ihrer Vollendung erst das Verfahren per formulas zuließ, wenn auch vielleicht nach einigen nachher zu erwähnenden Vorgängen der ältern Zeit, welche schon eben darauf zielten. Daß die letztere Assimilierung an die b. f. actiones gerade bei der causa stipulationis eintrat, erklärt sich zwar im Allgemeinen schon aus deren Fähigkeit, eben so schon im Contract wie die intentio in der Klage alles Mögliche, worauf überhaupt eine Obligation gehen kann, von certa pecunia herab bis zu jeder Art von incertum, namentlich auch dem Inhalt einer b. f. intentio, in sich aufnehmen zu können, wonach gerade die im Verkehr wichtigsten Stipulationen, wie die Novationen und Bürgschaften mit dem Inhalt der jetzt gewöhnlich schon unmittelbar durch Fidejussoren (mittelbar nach vorgängiger Novation aber auch durch Sponsoren) geschützten b. f. contractus und die prätorischen Stipulationen vermöge der ihnen beigefügten doli clausula völlig unbestimmte waren [1]). Es wäre unnatürlich gewesen, die Klage auch hier, wo die Parteien selbst oft die Unbestimmtheit des Inhalts der Forderung gewollt hatten, blos wegen der stricten Natur ihres formellen Entstehungsgrundes stets unter die Form der petitio zu zwängen, wonach auch in der intentio das quidquid dare facere oportet oft, z. B. bei einer novierten Verkaufsverbindlichkeit, zweimal hätte vorkommen müssen, in ihr selbst und in der hinzugefügten Angabe ihrer causa ex qua. Es mochte daher hier schon vor Abschaffung der legis actiones die Klagform per iudicis postulationem (also mit einleitender demonstratio Multa und Sacram. S. 396) statt sacramento auch ohne neue Vereinbarung der Parteien zu ihr zulässig geworden sein, weil sie schon vorher durch den Contract selbst dazu consentiert hätten. Eine andere noch dringendere Veranlassung aber, unter Umständen eine besondere actio ex stipulatu neben der incerti condictio auch aus Stipulationen zu gestatten, lag, wie ich glaube, in den Fällen der für den Verkehr so unentbehrlichen Klagtheilung durch praescriptio, besonders cuius rei dies fuit in Klagen aus Stipulationen (Gai. 4, 131). Damit löst sich zugleich ein anderes Räthsel. Wie kam Ulpian auf die Frage von der certa und incerta stipulatio im 22. Buche ad edictum (L. 75 D. de verb. obl. 45, 1), Gaius im 7. Buch ad edictum provinciale (L. 74 D. ib.), die beide noch im vorhergehenden Buche von den drei Theilungsklagen gehandelt hatten? Wie Julian im 8. Buch seiner Digesten, auch nach den drei Theilungsklagen, doch auch auf die condictio incerti (L. 3 D. de condict. sine c. 12, 7)? Woher in den Sentenzen des Westgothischen Paulus,

[1]) L. 76. §. 1. L. 89 D. de verb. obl. (45, 1). L. 1. §. 4 D. quar. rer. act. (44, 4). Lex Rubr. c. 20 und dazu mein] ‚Gaius' S. 227 ff. Für die dort vertheidigte Ansicht, daß die actio ex stipulatu, auch wenn sie eine b. f. intentio hatte, doch keine b. f. actio war, hätte auch noch angeführt werden sollen, daß das iusiurandum in litem bei ihr nicht galt. L. 6 D. de in lit. iur. (12, 3).

Digitized by Google

die bekanntlich auch der Ordnung des Edicts folgen, gleich hinter den Theilungsklagen (1, 18) der Titel 1, 20 de fideiussore et sponsore (nicht umgekehrt) mit einer nur dazwischen geschobenen Sentenz über die auch ein certum voraussetzenden actiones quae ex infitiatione duplantur (vgl. Gai. 4, 9. 2, 202 mit den Citaten) und woher der auch noch unaufgeklärte Umstand, daß auch Ulpian und Paulus zum Edict hinter den Theilungsklagen die Lehre von der Bürgschaft berührten [1]), die übrigens bekanntlich vollständig anderwärts, namentlich in den libri ad Sabinum behandelt wurde? Ich meine: Diese Erscheinungen sind daraus zu erklären, daß jene Materien mit der praescriptio pro actore, namentlich der ältesten cuius rei dies fuit (Cic. de orat. 1, 37, 108), meist selbst als Voraussetzungen derselben connex sind, der Prätor aber zunächst für diese neue Klagweise cum praescriptione gerade diese Stelle seines Edicts hinter den Theilungsklagen deshalb wählte, weil mit ihr ein processuales Mittel gegeben war, zwecks der Erlangung von etwas Bestimmtem und Gesondertem auch eine Klage ohne Gefahr zu theilen [2]), während die alt civilrechtlichen Theilungsklagen sich nur auf Erbschaften und einzelne Sachen und zwar zwecks der Auseinandersetzung in einer Gemeinschaft bezogen. Die zweckentsprechende Einrichtung dieses agere cum praescriptione setzte nehmlich die Auffassung der Klage nach ihrem Object als einem incertum debitum mit der da schlechthin nothwendigen Angabe seines Entstehungsgrundes und zwar in einer demonstratio (Quod ... incertum stipulatus est), der die Beschränkung cuius rei dies fuit hinzugefügt wurde, weil sie, um wirksam zu sein, der intentio incerta vorausgehen mußte (Gai. 4, 131. 136), also mit Einem Worte eben eine ex stipulatu actio im Gegensatz zu einer bloßen incerti condictio [3]) mit jenem Zusatz voraus, auch in dem Falle, wo die einzelnen Leistungen (annua, menstrua) als certa pecunia versprochen waren, und war im Einzelnen bei Belangung des Bürgen (sponsor und fideiussor) eine nothwendig andere als bei der des Hauptschuldners (Gai. 4, 136. 137) [4]). Dieses in Verbindung mit der erwähnten Mög-

---

[1]) Man vergleiche die Uebersicht bei Rudorff edictum perp. p. 270 (für das Einzelne §§. 75—78), dessen eigene überkünstliche Erklärung des Zusammenhangs dieser Materien jedoch Niemand befriedigen wird.

[2]) Nach demselben Gesichtspunct handelte der Prätor an dieser Stelle wohl auch von der interrogatio in iure, indem sie in einem der häufigsten Fälle ihrer Anwendung, bei Schuldklagen gegen Erben des Schuldners, auch ein Mittel darbot, einen Theil seiner Forderung gefahrlos einzuklagen. Die Einschiebung des Titels und der Klage si iudex litem suam fecisse dicetur vor dem de interrogationibus in iure bei Rudorff ed. perp. §. 79 beruht blos auf der Zahlangabe der Inscription von L. 15 D. de iudic. (5, 1), die er mit Recht selbst als verdächtig bezeichnet. Allem Anschein nach handelte der Prätor von dieser Klage bald nachher an der Spitze der da folgenden prätorischen Delicts- oder Quasidelictsklagen.

[3]) Deren Formel wird dann der Prätor nach völliger Abschaffung der legis actiones eben als Gegensatz auch an dieser Stelle aufgestellt haben.

[4]) Eine bei der fideiussio allgemein verwandte Materie, die daher der Prätor auch wieder an dieser Stelle seines Edicts eintrug, war die der Theilung der Klage zwischen mehreren Fidejussoren nach der epistola D. Hadriani. Denn Gaius handelte davon auch im 8. Buche zum Provincialedict (L. 26 D. de fidei. 46, 1), vgl. Paul. 1, 20. Hatten die Fidejussoren sich in Einem Contract für ein incertum verpflichtet (L. 75. §. 5 D.

Digitized by Google

lichkeit und Häufigkeit von Stipulationen, die in ihrem Gegenstande selbst eine b. f. intentio enthielten, nöthigte den Prätor, zwischen certi und incerti stipulationes zu unterscheiden, so daß er für letztere im Edict auch eine ex stipulatu actio zugab [1]). Die condictio (certi oder incerti) blieb also auch für Klagen aus einer Stipulation Regel; aus deren Gesichtspunct sagt Gaius 4, 53b, da er dort überall von petere (also mit Ausschluß von actiones b. f. und ex stipulatu) spricht: sicut ipsa stipulatio concepta est ita et intentio formulae concipi debet — um nehmlich keine pluris petitio zu begehen, die aber nach 4, 54 in incertae formulae, also auch bei der für die condictio incerti, wenn diese aus einer Stipulation angestellt wird, nicht möglich ist, weshalb jener Ausspruch des Gaius doch immer eine Stipulation voraussetzt, aus der mit certi condictio geklagt wird, und eine solche würde nach der Lex Calpurnia immer auch noch die auf decem milia sestertium aut Stichum oder allgemein auf hominem dari oportere sein (vgl. §. 33 I. de act. (4, 6) in den Worten Qua de causa etc.) [2]). Ist aber ein certum stipuliert, so kann gültig auch nur mit condictio certi geklagt werden. L. 24 D. de reb. cred. (12, 1). Was nun aber eine certi oder incerti stipulatio sei, bestimmten die Juristen in Ermangelung einer andern Directive nach den allgemeinen Kategorien des certum, quid quale quantum sit, wonach die auch zulässige ex stipulatu actio im Interesse des Gläubigers einen weiten Spielraum erhielt auch für Fälle einer neben ihr zulässigen certi condictio, z. B. wenn der Nießbrauch eines Grundstücks, ein Sclav allgemein, ein alterutrum ohne Wahlrecht des Gläubigers u. s. w. stipuliert war.

Ob auch die Klage aus dem Testament eben so regelmäßig wie die aus der Stipulation behandelt worden sei, ist sehr fraglich. Stellen für eine solche wie L. 6. §. 1. L. 8. §. 6 D. de lib. leg. (34, 3). L. 6 D. de in lit. iur. (12, 3) lassen sich eben so gut von einer condictio verstehen (vgl. Gai. 2, 213. L. 8 pr. D. de usufr. ear. 7, 5); das Bedürfniß für eine actio ex testamento mit incerti de-

---

de verb. obl. 45, 1), so mußte der Kläger, der einen auf seinen Theil belangte, selbst auch cum praescriptione agere, um sich seine Klage gegen die übrigen zu erhalten.

[1]) Dieser Zusammenhang war mir früher (Multa und Sacram. S. 495) auch noch nicht bewußt geworden. Wohl möglich übrigens, daß der Unterschied schon aus der Zeit vor der Lex Aebutia herrührte und zwar auch für die Legisactionen wegen annua, menstrua ex stipulatu promissa, nehmlich dann auch per iudicis postulationem, wo das Formular für diese (Multa und Sacram. S. 394 ff.) die da nur mündliche Herausnahme eines bloßen Theils aus dem incertum für diesen Proceß gar wohl gestattete. Dafür spricht, daß Crassus bei Cic. de orat. 1, 37, 168 von einer vetus atque usitata exceptio „cuius pecuniae dies fuit“ aus dem Munde eines unorientierten Sachwalts erzählt, welche dieser um so mehr mit einer damaligen exceptio verwechseln konnte, wenn sie vor den geschriebenen Formeln mit praescriptio in der That auch exceptio hieß — Herausnahme des bereits Fälligen für diesen Proceß.

[2]) Dieses besonders meint auch Ulpian mit den Worten der L. 9 pr. D. de reb. cred. (12, 1): Certi condictio competit ... sive ex certo contractu petatur sive ex incerto verstehe — stipulatu. Denn schwerlich denkt er auch an b. f. contractus, insofern aus diesen auch die Rückgabe einer Bereicherung condiciert werden kann (oben S. 204), weil da doch nicht eigentlich aus dem b. f. contractus, sondern ex bono et aequo wegen der grundlosen Bereicherung geklagt wird.

Digitized by Google

monstratio war jedenfalls hier bei weitem nicht so dringend, namentlich nicht für die praescriptio cuius rei dies fuit, da annua legata bekanntlich eben so viele einzelne Legate sind. Nur in einzelnen Fällen, wie z. B. dem der L. 8 D. de usufr. ear. rer. (8, 5) und der L. 41. §. 1 D. de leg. 1 u. s. w. konnte auch hier eine praescriptio und damit eine incerti actio nothwendig werden. Auch das für die Litiscrescenz wichtige certum mag man hier eben so wie bei der certi stipulatio verstanden haben [1]).

Unsere Untersuchung ergibt nun für das Mutuum, daß es stets mit der allgemeinen certi condictio, und näher, wenn es in Gelde besteht, der certae pecuniae, wenn in andern Sachen, der triticaria eingeklagt wird, mag es stipuliert sein oder nicht; im Falle der Stipulation aber der Stipulator dann, wenn es auf andere Sachen als Geld ging und diese nicht ein certum im Sinne der L. 75 cit. bildeten, auch eine ex stipulatu actio anstellen konnte, z. B. wenn er nur Wein, Getreide (Waizen) schlechthin oder guten, Afrikanischen Waizen stipuliert hatte, nicht: besten oder von dem in einem gewissen Speicher befindlichen (L. 75 §§. 1. 2. 5 D. eod.). Doch hatte dieser Unterschied gerade beim Mutuum schon im ältern Recht keinen praktischen Werth; selbst bei bedungenen terminlichen Partialrückzahlungen, z. B. annua, bima, trima die, bedurfte der Kläger, da die Capitalforderung eine bestimmte und theilbare war, keiner praescriptio für den bereits fälligen Theil, den er ja ohne Gefahr einer Consumtion der übrigen Forderung ohne Weiteres einklagen konnte (Gai. 4, 122): anders als bei bedungenen Zinsen, deren Zahl vom Stehen des Capitals abhängig und daher unbestimmt ist (L. 75 §. 9 D. cit.). Im Justinianischen und heutigen Recht hat der Name und Unterschied der condictio (certi vel incerti) und der actio ex stipulatu nur noch das Interesse, das richtige Verständniß der Quellen zu sichern.

Die Condemnation geht auch wenn andere Sachen als Geld dargeliehen sind, wie gewöhnlich auf Geld, nach vorheriger richterlicher Aestimation (quanti ea res est) [2]), die aber nach heutigem und schon Justinianischem Proceßrecht erst, wie im alt Römischen, in der Liquidationsinstanz Statt findet. Natürlich könnte aber

---

[1]) Man vergleiche darüber Gai. 4, 9. L. 61 D. ad leg. Falc. (35, 2). Wenn Papinian in L. 8 pr. D. de usufr. ear. (7, 5), das legatum ususfructus pecuniae ein velut certi legatum nennt, so geschieht dieses wohl deshalb, weil es zwar mit der certi condictio eingeklagt wird, aber nach L. 75. §. 3 D. de verb. obl. (45, 1) ein incertum ist.

[2]) Die Behauptung Heimbachs Creditum S. 570—578, daß die Formel der certi condictio wegen anderer Sachen als Geld nach Belieben des Klägers auch eine Condemnatio auf eine bestimmte Geldsumme erhalten konnte, beruht auf keinen überzeugenden Argumenten und widerspricht vielmehr der Natur der Sache und Gai. 4, 48. Was die Byzantiner, auf die er sich S. 576 beruft, aussagen — das Scholium auf S. 573 kann auch anders interpungiert werden — ist doch im Grunde etwas ganz Anderes, und sie verwechselten in ihrer Annahme einer dem Kläger bei solchen Condictionen auch zustehenden Selbstschätzung, auf die er dann die certae pecuniae condictio habe, dieß mit dem, was bei der actio legis Aquiliae und ihrer Nachbildung (oben S. 214), oder auch der öffentlichen Repetundenklage und ähnlichen gesetzlichen Delictscondictionen (Multa und Sacram. S. 462 ff.) Rechtens war, wonach auch der Prätor in seinen Delictsklagen auf eine unbestimmte Strafe formulae cum taxatione nach klägerischer Schätzung gab.

Digitized by Google

auch gleich bei der Hingabe Rückerstattung in einer Aestimationssumme verabredet sein, entweder alternativ nach Wahl des Schuldners, wenn nicht dem Gläubiger die Wahl vorbehalten ist, oder so, daß blos das Geld gegeben werden sollte. In beiden Fällen wäre das Geschäft nicht mehr Mutuum, sondern ein Innominatcontract [1]). Von einer omnis causa, wie Accessionen und Früchten, kann bei einer Klage auf generische Sachen nicht die Rede sein. Für das Darlehn bedungene Zinsen können nur mit der Klage aus dem Vertrage gefordert werden. Verzugszinsen zu fünf Procent mit Nachlassung des Beweises eines noch höhern Interesses, welches beides das Römische Recht nicht kennt, haben die Reichsgesetze (Deput.-Absch. von 1600 §. 139) für das Gelddarlehn anerkannt. Wegen Ort und Zeit der Aestimation gelten die allgemeinen Regeln; das heißt: wenn ein Tag oder ein Ort der Rückgabe bedungen ist, muß der Werth, den das Geschuldete an diesem hatte, abgeschätzt werden, weil dieses mit bedungen zu sein scheint, außerdem der, den es zur Zeit und an dem Ort der Litiscontestation hatte, weil dem Richter in stricten persönlichen Klagen lediglich da in der Gegenwart (si paret . . . quanti ea res est, condemna) die Verurtheilung auf die Geldsumme aufgegeben wird, deren erst späteres Geschehen nur ein zufälliges ist. L. 22 D. de reb. cred. (12, 1). L. 4 D. de cond. trit. (13, 3). L. 59 D. de verb. obl. (45, 1). Anders in Vindicationen und der actio ad exhibendum, wo, weil da, wie in allen auf ein Restituieren gerichteten Klagen die Condemnation noch davon abhängig ist, daß der Beklagte nicht nach richterlichem Ermessen restituiert (oder dolo malo non reddit Gai. 4, 47), auch die Abschätzung erst nach der Zeit der Condemnation (quanti ea res erit) geschehen kann, bis zu welcher hin er ja noch zurückgeben konnte (Gai. 4, 51 vgl. 47). Die Mora, ein Zeitbegriff, kann nach richtiger Meinung bei strict geschuldeten generischen Sachen, welche zeitlich nicht existieren, keinen verändernden Einfluß auf die Zeit der Abschätzung ausüben.

---

[1]) In unsern bisherigen Rechtsquellen kommt es nicht vor außer einer als bequemer empfohlenen Richtung der Caution auf eine Geldsumme beim Quasiusufructus an anderen Quantitäten (L. 7 D. de usufr. ear. rer. 7, 5); wohl aber beim Darlehn selbst im Syrisch Röm. Rechtsbuch P. §. 82 S. 73 mit der selbstverständlichen Bemerkung, daß wenn eine solche Aestimation nicht verabredet ist, das Darlehn in demselben Genus zurückgegeben werden müsse, wenn auch das Jahr unfruchtbar sei.

Digitized by Google

XIV.

Besondere Fragen von der Gefahr beim Mutuum. — Nauticum fenus. — Untergang des Genus der Darlehnssachen.

‚Die Gefahr des Untergangs trägt beim Darlehn der Schuldner.' Bei diesem Satze, den das Syrisch-Röm. Rechtsbuch P. §. 82 S. 73 mit der christlichen Beschränkung, ‚wenn der Leihgeber sich nicht erbarmt', vorträgt, denken unsere Quellen und denken wir jetzt stets an den Untergang der Körper, durch deren Hingabe die Darlehnsobligation begründet wird. Da er die Natur des Darlehns als eines auf das Geben nicht der hingegebenen species corporum, sondern ihres Genus gerichteten Contracts besonders kennzeichnet, mußte er auch schon bei Entwickelung dieser Natur desselben vorkommen. Gelegentlich sind auch die Fälle erwähnt worden, wo der Empfänger mit Rücksicht auf das beabsichtigte Mutuum auch ohne einen Eigenthumsübergang die Gefahr des Unterganges des Empfangenen trägt (oben S. 12. 51. 58. 60).

Wenn das erwähnte Rechtsbuch eben daselbst gleichsam als Ausnahme von dem Grundsatze, daß der Darlehnsschuldner die ganze Gefahr trage, den Fall anführt, wo der Geber für einen Handel mit dem Beding lieh, daß der Gewinn daraus jedem zur Hälfte zufallen solle, der Entleiher (im Falle des Verlustes nur) die Hälfte des Geldes zahlen müsse, weil der Verlust dem Gewinn gemäß sei, so ist diese Entscheidung zwar den Principien des §. 3 I. de societate (3, 25). L. 52. §. 4 D. pro soc. (17, 2) entsprechend, die Gefahr des Verlustes aber hier anders gedacht, nehmlich nicht blos auf die empfangenen Geldstücke, sondern zugleich auf den in ihnen liegenden geschäftlichen Vermögensvortheil bezogen. Auch würde das Geschäft nicht reines Mutuum, sondern Innominatcontract sein, vgl. L. 44 D. pro soc. (17, 2). L. 13 pr. D. de praescr. verb. (17, 5).

Es läßt sich aber auch denken, daß der Hingeber des Darlehns nach Verabredung die Gefahr des Untergangs des Gegebenen unter gewissen Umständen übernimmt, indem er die Rückgabe nur für den Fall ausbedingt, daß das Gegebene bei einer gewissen Unternehmung des Empfängers nicht zufällig untergehe. Geschähe freilich die Hingabe mit dieser beschränkten Ausbedingung der Rückgabe in liberaler Absicht, so würde das Geschäft vielmehr principal Schenkung sein mit dem Modus, daß der Empfänger das in bestimmter Weise, z. B. auf einer Reise, nicht Untergegangene, sondern erhalten Gebliebene zurückgeben solle. Anders, wenn der Begriff der Schenkung dadurch ausgeschlossen ist, daß der Hingeber z. B. einer Geldsumme für die Uebernahme der Gefahr des Unterganges sich einen Vortheil, z. B. Zinsen, ausbedingt. Dieses Geschäft bleibt oneros und zwar Mutuum[1]), weil dem Bedürftigen principal mit der Absicht, ihn zur Rückgabe von Sachen derselben Quantität und Qualität zu verpflichten gegeben wird (denn die Erhaltung des Gegebenen ist doch als Regel, der Untergang als Ausnahme zu betrachten), und es hat bei

[1]) Es heißt ausdrücklich pecunia mutua data. L. 6 D. h. t. L. 122. §. 1 D. de verb. obl. (45, 1). L. 4 C. h. t. (4, 33). Vgl. Plut. Cato mai. 21.

Digitized by Google

den Römern in Anwendung auf Handelsunternehmungen zur See, an denen sie sich nach erlangter Herrschaft über Italien lebhaft betheiligten[1]), eine bestimmte Ausprägung und Benennung als nauticum fenus, pecunia nautica oder traiectitia erhalten, wovon auch in unsern Quellen nicht in der allgemeinen Lehre vom Mutuum, sondern nach seiner geschäftlichen Hauptbedeutung in der Lehre von den Zinsen unter den besondern Materien des allgemeinen Abschnitts de rebus creditis gehandelt wird[2]).

Es besteht nehmlich der Regel nach in der zwar unbedingten Hingabe einer Geldsumme zur Versendung auf einem Seeschiffe — sei es ein eigenes des Empfängers oder ein fremdes — aber mit der Abrede, daß sie nur im Falle glücklicher Ankunft am Ort seiner Bestimmung und zwar, was wenigstens gewöhnlich hinzugefügt wird, der Ankunft innerhalb einer bestimmten Zeit[3]), dem Darleiher zurückgegeben, dann aber auch die ihm für die darin stillschweigend liegende Uebernahme der Seegefahr bedungenen Zinsen oder sonstigen Vortheile geleistet werden sollen[4]). Modestinus:

> L. 1 D. de naut. fen. (22, 2). Traiectitia ea pecunia est, quae trans mare vehitur: ceterum si eodem loci consumatur, non erit traiectitia ....

und Paulus:

> L. 6 D. eod. ... sed cum traiectitia pecunia ita datur[5]), ut non

---

[1]) Es ist aus Plutarch. Cat. mai. 21 bekannt, daß schon der ältere Cato, obgleich er, den Landbau preisend, über Handel und Zinsgeschäfte als sittlich und wirthschaftlich gefährlich scharf urtheilte (Cato de re rust. prooem. Cic. de offic. 2, ult.), doch selbst nicht mehr aus jenem eigentlich erwarb und als Gewinngeschäft namentlich auch das ‚tadelnswertheste der Darlehne', die Schiffszinse betrieb, deren Risico er nur auf die Art sinnreich verminderte, daß er großen Gesellschaften von nicht unter fünfzig Theilnehmern mit eben so vielen Schiffen und darunter mit einem eigenen kleinen Antheile durch einen vorgeschobenen zugleich das Interesse seines Herrn am Bestimmungsort gegen die übrigen wahrnehmenden Freigelassenen lieh.

[2]) Tit. de nautico fenore D. 22, 2. C. 4, 32. Vgl. Paul. 2, 14, 3. Die Stellen des Pandektentitels sind nicht aus systematischen Werken entnommen. Paulus zeigt, daß im Edict die Lehre von den Zinsen noch vor den b. f. contractus vorkam. Vgl. oben S. 11. — Neuere Litteratur weist Glück Pand. XXI. S. 151—222 nach. Vgl. auch Windscheid Pand. §. 371 a. E.

[3]) Der Schuldner hätte sonst die Reise z. B. durch vorherigen Besuch anderer Häfen für seine Geschäfte und damit die Zeit der vom Gläubiger zu tragenden Gefahr beliebig ausdehnen können.

[4]) Im allgemeineren Sinne heißt traiectitia pecunia allerdings auch das auf ein Schiff hingegebene Darlehn, welches an dessen Reiseziel — ohne Uebernahme der Seegefahr — zurückgegeben werden soll. L. 2 C. h. t. Dieses wäre ein gewöhnliches Darlehn, nur mit Bestimmung des Orts und der Zeit der Rückgabe.

[5]) Richtiger detur, da nach dem Sinne der aufgestellten Frage und nach dem ganzen Zusammenhange der Jurist hier nur das, was die gewöhnliche Natur des Schiffsdarlehns als Voraussetzungen des Contracts mit sich bringt, angeben und darauf die Richtigkeit seiner nachfolgenden Entscheidung gründen will, also cum hier die Bedeutung von da oder subjectivem weil haben muß. Sollte es so viel heißen als wann (in diesem speciellen Falle, abweichend von der gewöhnlichen Contrahierungsweise), wie es Andere nehmen (Glück cit. S. 189), so wäre weder einzusehen, wie der Jurist darauf käme, diese Besonderheit vor-

Digitized by Google

alias petitio eius creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit [1]), ipsius crediti obligatio non existente condicione defecisse videtur et ideo pignorum quoque persecutio perempta est etiam eorum, quae non sunt amissa [2]) ....

Diokletian und Maximian:

L. 3 C. eod. (4, 33). Cum proponas, te nauticum fenus ea condicione dedisse, ut post navigium, quod in Africam dirigi debitor adseverabat, in Salonitanorum portum nave delata fenebris pecunia tibi redderetur, ita ut navigii dumtaxat, quod in Africam destinabatur, periculum susceperis ....

Es ist nur eine verschiedene, zum Theil schon in dieser letzten Stelle vorkommende Ausdrucksweise, wenn auch gesagt wird, daß das Geld hier mit einer Zweckbestimmung gegeben werde, so daß es nach Erreichung dieses Zwecks zurückgegeben werden soll, wie in

L. 7 D. h. t. .... nam si dedero decem traiectitia, ut salva nave sortem cum usuris recipiam ...

Die entstehende Obligation ist immer eine durch die glückliche Ankunft des Schiffes bedingte. Demnach ist auch die Uebernahme der Gefahr von Seiten des Gläubigers der Begründung der Obligation selbst immanent und nicht als ein die unbedingt entstandene Hauptobligation eines gewöhnlichen Mutuum für den Fall des casuellen Unterganges durch einen Verzicht wieder aufhebender besonderer Nebenvertrag aufzufassen [3]), in welchem Falle die Klage daraus nur durch eine exceptio pacti oder doli ausgeschlossen werden, aber auch der Möglichkeit der Ausbedingung höherer Vortheile als der gewöhnlichen Zinsen für die übernommene Gefahr ihr Fundament entzogen würde. Das Interesse des Geschäfts in der gedachten gewöhnlichsten Art seiner Eingehung besteht aber für den Darlehnsempfänger darin, daß er mit dem Gelde (beziehungsweise mit dem Erlöse aus den dafür am Abfahrtsort billig eingekauften, am Ankunftsort theuer wieder verkauften Waaren) am Ankunftsort Waaren billig zu kaufen oder es sonstwie besonders lucrativ zu verwenden beabsichtigt.

Obgleich nun aber die hingegebenen Geldkörper hier während der Reise als specifisch erhalten gedacht werden, so wäre es doch ein Irrthum, darin eine Abweichung von der Natur des Darlehns zu erblicken, wonach sie sofort generisch

---

auszusetzen, da die Frage des Consulenten nur allgemein ein Schiffsdarlehn erwähnte, noch wie er hätte unterlassen können, eine Antwort für den Fall zu geben, wo es auf die vermeintlich gewöhnliche Weise contrahiert war.

[1]) Ebenso in L. 4 pr. eod. .... post diem praestitutum et condicionem impletam; und L. 8 eod. Die Zeit selbst ist angegeben in dem Beispiel der L. 122. §. 1 D. de verb. obl. (45, 1).

[2]) Daß diese Worte ächt, die darauf folgenden si navis ... quaeri eine in den Text gekommene Interpolation sind, darüber vergleiche gegen Mommsens umgekehrte Ansicht meine Schrift: Zur Pandektenkritik S. 89.

[3]) Wie dieses manche neuere Definitionen dieser Verträge erwarten lassen, z. B. bei Windscheid Pand. §. 371 .... ‚Ein besonderer Fall des zinsbaren Darlehns ist der, wo der Gläubiger für irgend einen künftigen ungewissen Fall auf die Rückforderung verzichtet.‘

Digitized by Google

obligierend in das Vermögen des Empfängers übergehen, beziehungsweise darin für das Intereſſe des Hingebers als concrete untergehen [1]), oder gar anzunehmen, daß ſie wie beim gewöhnlichen Gelddepoſitum einſtweilen noch im Eigenthum des Hingebers blieben [2]). Nur die Uebernahme der Gefahr, welche beſtimmte körperliche Sachen vorausſetzt, ſelbſt aber auch ein vermögensrechtlicher, die unveränderte Concretheit der letzteren nicht fordernder Begriff iſt, knüpft ſich an die empfangenen Geldſtücke und auch dieſes nur in der Regel und zufällig, weil der Empfänger, der am Ankunftsort eben die geborgte Geldſumme braucht, gewöhnlich dieſelben Geldſtücke, die er als Darlehn empfangen, zur Reiſe mitnehmen wird. Weſentlich iſt nur, daß der Gläubiger die Gefahr der vom Schuldner in dem Darlehn empfangenen Vermögensbereicherung, gleichviel in welcher ſpecifiſchen Geſtalt, trage, und ſo würde das Geſchäft doch daſſelbe bleiben, wenn er auch für Geldſtücke oder Waaren, in die der Schuldner das empfangene Geld noch vor der Reiſe umſetzt, die Gefahr übernähme. Daher fügt Modeſtin zu den obigen Worten hinzu:

> sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatae in ea (wohl eadem) causa habentur (wohl habeantur)? et interest, utrum etiam ipsae periculo creditoris navigent: tunc enim traiecticia pecunia fit.

und es folgt daraus, daß derſelbe Contract gar wohl auch auf die am Beſtimmungsort nach Verkauf der verſicherten, dort angekommenen, aus dem Erlöſe wieder eingekauften, für die Heimat als Rückfracht beſtimmten Waaren und damit auch auf die Rückreiſe erſtreckt werden konnte, was dem Darlehnsempfänger einen doppelten Gewinn verhieß und daher ein beſonders häufiges Geſchäft war [3]). Selbſtverſtändlich konnte er übrigens außer den mit dem Darlehnsgelde gekauften und verſicherten Waaren oder dem verſicherten Darlehnsgelde ſelbſt auch noch andere eigene Waaren auf demſelben Schiffe verladen, die dann mit dem Schiffsdarlehn nichts zu ſchaffen hatten, wenn er ſie nicht etwa für dieſes verpfändete [4]).

---

[1]) Im Falle der ſ. g. locatio conductio irregularis der in L. 31 D. loc. (19, 2), wo ein dem Mutuum ganz ähnliches in creditum ire Statt findet, trägt, wie der Schluß der Stelle zeigt, auch der Hingeber die Gefahr des Unterganges, dieſes aber in Folge davon, daß die Hauptabſicht der Verlader des Getreides immer nur auf die Beſorgung des Transports der übergebenen concreten Getreidemengen gerichtet und deren Uebergang in das Eigenthum und Vermögen des Schiffers mit generiſcher Obligation nur durch die bequemere confuſe Hingabe derſelben herbeigeführt war, die in der Tragung der Gefahr nach den gewöhnlichen Grundſätzen der locatio conductio, wo der locator Eigenthümer bleibt, nichts ändern konnte, ähnlich wie bei der res fiduciae causa data im Vergleich mit depositum und pignus.

[2]) Dieſes ſcheint Rudorff ed. perpet. §. 111 Note 2 anzunehmen.

[3]) So in dem Schiffsdarlehn den Callimachus in L. 122. §. 1 D. de verb. obl. (45, 1), worüber die Zeitſchr. f. Civilr. und Proc. N. F. X. S. 1 ff., beſonders S. 5 zu vergleichen iſt. Später (1855) erſchien Goldſchmidt Unterſuchungen zu L. 122. §. 1 D. de verb. obl. (45, 1). Daß die Contracte regelmäßig auf Verſchiffung des Geldes oder der damit gekauften Waaren lauteten, ſcheint aus L. 3 C. h. t. hervorzugehen.

[4]) Wie wahrſcheinlich in dem Falle der L. 6 D. h. t., den man gewöhnlich, aber ohne Noth auf Verpfändung der verſicherten Waare ſelbſt bezieht. Ihre Benennung quasdam merces in nave deutet eher auf ein Schiffsdarlehn, bei dem die Gefahr für das Darlehnsgeld ſelbſt übernommen war.

Digitized by Google

Bleibt nun das Geschäft nach seinem Grundcharakter ein Gelddarlehn, wonach z. B. auch das SC. Macedonianum sich darauf erstreckt, so folgt auch, daß wenn die besondern Abreden bei demselben wegen Uebernahme der Gefahr und Gegenleistung dafür deshalb nicht in Kraft treten, weil deren bedungene Voraussetzungen fehlschlagen, auch nur die gewöhnlichen Wirkungen des Darlehnscontracts Platz greifen. Wäre es also gar nicht zu der Schifffahrt gekommen, sei es zufällig oder weil der Darlehnsempfänger die Reise aufgibt, so würde er sofort, aber blos das Darlehn zurückzuzahlen haben, wenn er nicht etwa für diesen Fall noch etwas darüber hinaus zu geben versprochen hatte. Die bloße Rückforderungsklage dann als eine condictio ob causam datorum zu betrachten, hätte kein praktisches Interesse, wäre aber auch nicht einmal theoretisch richtig.

Das nauticum fenus ist aber auch nur die bei weitem häufigste Anwendung eines durch Hingabe mit Uebernahme der Gefahr für ein Aequivalent (praemium periculi) vollzogenen Geschäfts. Dem Princip nach dasselbe Geschäft läßt sich bei jeder anderen oneroſen Hingabe denken, bei der der Geber die Gefahr des Hingegebenen in der Art übernimmt, daß er die Rückgabe desſelben und von etwas mehr damit übernimmt, daß er sie sich nur für einen gewissen Fall ausbedingt (von den Neueren früher fenus quasi nauticum genannt). Dieses besagt die bekannte L. 5 D. h. t. von Scävola, eine mehrfach verderbte und in Verbindung damit hinsichtlich ihres juristischen Gedankenganges nicht leichte Stelle, welche, wie anderwärts gezeigt worden [1]), so zu lesen ist:

> Periculi pretium est et si condicione quamvis non poenali existente recepturus sis quod dederis et insuper aliquid praeterea pecuniae, si modo in aleae speciem non cadat: veluti ex quibus condictiones nasci solent, ut, si manumittas, si non illud facias, si non convoluero et cetera, redderes. nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatum πλώιμον pecuniam dederim, ut, si cepisset, redderet, et athletae, unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet.

Scävola hatte vermuthlich vorher von dem nauticum fenus gehandelt und dabei die zulässige Ausbedingung auch von höhern als den gesetzlichen Zinsen neben dem Capital damit gerechtfertigt, daß sie hier nicht als bloße usurae, d. h. als ein Zuwachs für den eingeräumten Gebrauch der gegebenen Geldsumme, sondern als Entgelt für die durch beschränkte Bedingung der Rückgabe übernommene Gefahr des hingegebenen Capitals anzusehen seien [2]). Dieses machte die Stelle geeignet hinter L. 3 und 4 gesetzt zu werden, in denen auch von jenem

---

[1]) Zur Pandektenkritik S. 88. Eine Uebersicht über die ältern Behandlungen der Stelle gibt Glück Pand. XXI. S. 153 ff.

[2]) Dieser Gegensatz würde freilich nach dem modernsten Begriff der Zinsen hinfällig werden, wonach sie nicht blos für den in einer Zeit gewährten oder vorenthaltenen Gebrauch des Capitals, sondern auch für die Gefahr, daß der Gläubiger sein Geld durch Insolvenz des Schuldners verliere, entrichtet werden sollen und wonach eigentlich jedes verzinsliche Darlehn ein nauticum fenus würde. Dieser von einer verkehrten Nationalökonomie entlehnte Begriff ist aber ganz unrömisch und in sich selbst unwahr, ja gefährlich, was aber hier nicht weiter ausgeführt werden kann.

Digitized by Google

Unterſchiede bloßer geſetzlicher Zinſen und des auf deren Maß nicht beſchränkten nauticum fenus die Rede iſt. Demnach enthält ſie eine Verallgemeinerung theils der an individuelle Sachen geknüpften Seegefahr bei einer Schifffahrt zu irgend welchem ganz abſtracten und nur auch entgeltlich übernommenen periculum in dem Verluſt des Gegebenen außer dem Falle der Bedingung überhaupt, theils des fenus zu aliquid praeterea pecuniae, theils endlich des Mutuum zu jeder Art von obligatoriſcher Gabe, die nebſt bedungenem Zuſatz für einen gewiſſen Fall mit dazu geeigneter condictio zurückgefordert werden kann. Hinſichtlich der letzten Erweiterung führt der Juriſt zunächſt Beiſpiele gültiger Ausbedingungen eines periculi praemium an, die dem nauticum fenus im Uebrigen ganz unähnlich ſind, indem auch, wenn Geld gegeben wird, nicht einmal die Abſicht des Darlehns zu Grunde zu liegen braucht, und das Intereſſe der Parteien dabei mit dem Hingegebenen ſowohl hinſichtlich der Art der Gefahr als hinſichtlich der die Rückgabe begründenden Bedingung in gar keiner Verbindung ſteht, ſondern nur auch ein klagbar erlaubtes iſt (ex quibus condictiones nasci solent): si manumittas (einen dem Geber feindlich geſinnten Sclaven, deſſen Rache z. B. durch eine Anklage, wenn er freigeworden, jener fürchtet), si non illud facias (deſſen Vornahme ihm von Wichtigkeit iſt), si non convaluero (wenn die vom Empfänger übergenommene Cur keinen Erfolg haben würde). Die erſten beiden Fälle enthalten allerdings in der Regel zugleich Pönalſtipulationen wegen eines poſitiven oder negativen Verhaltens des Empfängers, wobei der Grund der Gültigkeit der Mehrbedingung zugleich noch ein anderer ſein würde[1]); aber daß nicht dieſes, ſondern das bloße periculum des Geſchehens oder Nichtgeſchehens hier gemeint ſei — worauf vorher das condicione quamvis non poenali existente ſich bezieht — dazu wird das dritte Beiſpiel einer Caſualbedingung hinzugefügt. Um aber dem Leſer das Verſtändniß und die Zuſtimmung zu der behaupteten Gleichſtellung dieſer eben ſo gültigen Ausbedingungen für Uebernahme einer Gefahr mit dem nauticum fenus zu erleichtern, fügt der Juriſt mit nec dubitabis noch einige andere Beiſpiele derſelben hinzu, in denen die Hingabe darlehnsmäßig für ein gewiſſes Bedürfniß geſchieht und wenigſtens zu der die Rückgabe begründenden Bedingung in ähnlicher Beziehung ſteht, wie beim Schiffsdarlehn, ſo daß ſie gleichſam die Brücke zu den vorhergegangenen Beiſpielen bilden: das Gelddarlehn an einen Fiſcher für die zum Fiſchfang nöthige Schiffsausrüſtung, an einen Athleten zu ſeiner Tüchtigmachung für ein Kampfſpiel, (mit Prämie) zurückzuerſtatten nur, wenn dem Empfänger dort der Fiſchfang, hier der Sieg gelingt. Iſt aber das Intereſſe der Parteien an dem Geſchäft mit entgeltlicher Uebernahme der Gefahr kein reelles, wie beim Glücksſpiel, wo blos oder doch hauptſächlich zur Beluſtigung die Entſcheidung einer ungewiſſen Bedingung herbeigeführt und von ihr vermögensrechtlicher Gewinn (in der

[1]) Nehmlich die Aeußerung eines dem Stipulator nachtheiligen Willens des Promiſſor zu binden. Daß der Begriff der Pönalſtipulation nicht auf den Fall beſchränkt werden darf, wo das zu Leiſtende ſelbſt ſchon geſchuldet iſt (wie Manche thun, z. B. Windſcheid Pand. §. 286), zeigt ſchon der ganz verwandte Begriff des poenae nomine legatum. Gai. 2, 236 cum cit. Er wird aber im weitern Sinne auch nicht dadurch ausgeſchloſſen, daß durch das Stipulierte zugleich entſchädigt werden ſoll. Vgl. Zeitſchr. f. Civilr. u. Proc. N. F. IV. S. 420—422.

Digitized by Google

Regel des alterum tantum) oder Verluſt abhängig gemacht wird (si in aleae speciem cadat), ſo würde auch die Ausbedingung der Prämie nicht gelten. Um ſo mehr, was der Juriſt als ſelbſtverſtändlich nicht anführt, wenn der Zweck des Geſchäfts ein direct rechtswidriger wäre, z. B. wenn der gedungene Meuchelmörder nach mißlungener oder unterlaſſener That das Empfangene doppelt zurückerſtatten ſollte.

Das Schiffsdarlehn wird wie das gewöhnliche in der Regel durch Stipulation eingegangen, welche die Bedingung der Rückgabe und dieſe ſelbſt mit den beſtimmten Zinſen feſtſtellt. [1]). Abweichend iſt aber, daß beides auch durch bloßes Pactum als lex dationi dicta klagbar ausgemacht werden kann, während das reine Gelddarlehn keine ſolche Erweiterung der Obligation über das Hingegebene hinaus durch bloße Vereinbarung geſtattet (Paul. 2, 14, 1. L. 4 C. de usur. (4, 32) oben S. 11 vgl. 197). Der Grund liegt darin, daß beim bloßen Gelddarlehn als reinem Vermögensgeſchäft Art und Umfang der Obligation auch lediglich durch das gegebene nur in eine generiſche Obligation umgeſetzte Eigenthum an den Geldſtücken beſtimmt wird und nur darin ſeine civilis causa hat, hier dagegen der Darleiher wegen der zugleich durch bloßen Conſens dem Schuldner abgenommenen und auf ſein Vermögen übertragenen Gefahr des Untergangs ungewiſſer Weiſe gleichſam mehr hingibt und in eine eben ſo ungewiſſe Obligation umſetzt, deren Umfang er demgemäß auch auf Grund der datio wiederum durch bloßen Conſens beſtimmen kann: alſo ähnlich wie bei Ausbedingung von Zinſen für ein Mutuum in andern Sachen als Geld (S. 197). Es gilt daher auch die Klagbarkeit der durch bloßes pactum adiectum für die übernommene Gefahr des Gegebenen ausbedungenen Prämie nicht blos beim nauticum fenus (L. 7 D. h. t. L. 2. 3 C. eod.), ſondern auch bei jedem andern Contract mit Prämie für übernommene Gefahr (L. 5. §. 1 D. h. t.) und die Verpflichtung zum Geben der Prämie iſt nicht als eine auch inhaltlich rein acceſſoriſche, ſondern als eine mit der zur Rückgabe des Empfangenen gleich hauptſächliche anzuſehen, die für beides (in L. 3 C. h. t. fenebris pecunia, in L. 7 D. h. t. sors cum usuris genannt) zuſammen mit Erfüllung der Bedingung fällig wird. L. 5 pr. L. 6 D. h. t. L. 3 C. eod. Nach dem Grundſatz quot res tot stipulationes konnte nun zwar das Capital des Schiffsdarlehns als certum nur mit der certi condictio eingeklagt werden; wegen der ſtipulierten Zinſen fand aber die ex stipulatu actio — mit praescriptio cuius rei dies fuit, ſo lange das Verfahren per formulas galt — Statt, L. 75. §. 9 D. de verb. obl. (45, 1), während bei einem andern Contract mit Gefahrsprämie, die nicht in Zinſen, ſondern in aliquid praeterea pecuniae beſtand (L. 5 pr. D. h. t.), der Gläubiger nur mit der (certi) condictio klagen konnte und bezieht ſich Scävolas Satz und Ausdruck ex quibus condictiones nasci solent wohl auch darauf.

Eigenthümlich iſt nehmlich dem Schiffsdarlehn die Beſtimmung der Prämie in der Form von Zinſen, indem ſie zugleich für die beſondere Nutzbarmachung des hingegebenen Capitals verabredet wird, welche die dem Empfänger gegen Uebernahme der Seegefahr verſtattete Verſchiffung deſſelben in Geld oder Waaren am

[1]) L. 2. 4. §. 1. L. 6. 9 D. h. t. L. 122. §. 1 D. de verb. obl. (45, 1). L. 23 D. de obl. et act. (44, 7). L. 26. §. 1 C. de usur. (4, 32).

Digitized by Google

Beſtimmungsort möglich macht. In der Zeit der Schifffahrt, die täglich Gefahr, aber auch dem Reiſeziel näher bringt, entſprechen und decken ſich alſo zugleich Gefahr und zinslicher Lohn des Gläubigers für deren Uebernahme, beide gleichſam baſiert auf das zu durchſchiffende Meer, weshalb dieſe Zinſen auch eben nauticum fenus heißen — als würden ſie gleichſam in der Periode des aufblühenden Welthandels dem das Geld dazu hergebenden Capitaliſten eben ſo von dem länderverbindenden Meere nach erreichtem Reiſeziele, wie als bloßes fenus in der frühern Periode des Ackerbaus als Jahreszinſe von dem zur Fruchtbringung in Stand geſetzten Lande gegeben. Doch heißen ſie auch usurae maritimae (L. 6 D. h. t.), weil ſie für den Nutzen in Handelsgeſchäften bedungen werden, weshalb auch die Monatsberechnung der Handelszinſe auf ſie angewandt wurde. Von der Begründung durch die Gefahrsübernahme entlehnen dieſe Zinſen, daß ſie nicht, wie die gemeinen Landzinſen, einem höchſten Zinsfuße unterworfen ſind (usurae infinitae Paul. 2, 14, 3. vgl. L. 4 pr. D. h. t. L. 1. 2 C. eod.) und nach Juſtinians allgemeiner Herabſetzung des höchſten Zinsfußes wenigſtens noch bis 12 Procent betragen dürfen (L. 26. §. 1 C. de usur. 4, 32) — eine Beſchränkung, welche nach Erweiterung des für den Handel nutzbaren Meeres vom Mittel- (und ſpäter höchſtens auch noch deſſen Zwilling, dem Nord- und Baltiſchen) Meer zum Weltmeer zunächſt vom Gewohnheitsrecht in den modernen, dem nauticum fenus verwandten Geſchäften mit Gefahrsübernahme, dann aber auch von der Doctrin und Praxis, die dieſes auf das Schiffsdarlehn übertrug, als von ſelbſt weggefallen mit Recht betrachtet wird [1]). Daß Juſtinian ſelbſt in Nov. 106 vom J. 540 über den Betrag der Emolumente des Gebers von pecunia traiectitia eine neue Verordnung erließ, die er zwar ſchon im folgenden Jahre und vor ihrer allgemeinen Publication in allen Provinzen nicht blos wieder aufhob, ſondern für ungeſchrieben und ungültig erklärte, aber durch die unglosſierte Nov. 110, ändert an dieſem praktiſchen Reſultat natürlich nichts. Er ſelbſt ſah aber das in der erſten Novelle Verordnete nach ausdrücklicher Erklärung (Nov. 106 c. 1) auch nicht als dem bisherigen Rechte widerſprechend an. Er beſtätigte darin nehmlich nur als rechtlich zuläſſig die, wie behauptet und von den hauptſtädtiſchen ‚Naukleren' eidlich erhärtet wurde, dort altherkömmlichen Arten der Eingehung der Schiffsdarlehne, wovon zwei ausdrücklich hervorgehoben werden, die ſchon oben S. 223 erwähnte, wie es ſcheint, auf die bloße Hinfahrt in einen beſtimmten fremden Hafen berechnete und mit einer eigenen Handelsſpeculation des Darlehngebers verbundene, und die außerdem gewöhnliche, wonach der Darleiher für die ganze Reiſe bis zur glücklichen Rückkunft, gleichviel wie lange oder kurze Zeit das Schiff auswärts bleiben mochte, ſich $^1/_8$ des Capitals ausbedang, mit 20 zinsfreien Tagen nach der Rückkunft zum Verkauf der Ladung, dann aber mit den gewöhnlichen besses usurae bis zur Rückzahlung. Ob dieſer Contract mit den höchſten Zinſen von 12 Procent verträglich war, iſt doch allerdings fraglich.

Die Entbindung von der geſetzlichen Zinsſchranke gilt nun aber blos für die

[1]) Die Praxis bezeugen z. B. Stryck usus mod. 22, 2, 1. caut. contr. III. 5, 29. das Mollenbeckſche corp. iuris Lauterbach. cum notis variorum ad tit. Dig. 22, 2. Eichhorn Einleitung in das Deutſche Privatrecht §. 107 a. E. J. A. Seuffert Pandektenrecht II. §. 313 Note 4.

Digitized by Google

Zeit der Seereise des Schiffs, wie sie in der Regel nach ausdrücklicher oder sonst nach stillschweigender Uebereinkunft der Parteien hinsichtlich ihres zeitlichen und localen Anfangs, ihrer Modalität und Dauer und ihres Zielpuncts bestimmt ist [1]), weil der Gläubiger auch nur dafür die Gefahr trägt, und würden höher verabredete Zinsen, die diesem Maßstabe nicht entsprechen, doch nur bis zum Maximum der gewöhnlichen geschuldet werden. L. 4 pr. D. L. 1. 2 C. h. t. Eben so entscheidet auch die Abrede hinsichtlich der Art der Gefahr, welche der Gläubiger trägt. Wäre aber nichts Besonderes darüber verabredet, so liegt in dem si navis salva pervenerit (L. 6. 7 D. h. t.), wenn nur das an einem fernen Ort rückzahlbare Darlehn überhaupt auf Gefahr des Gebers gemacht ist (L. 2 C. h. t.), stillschweigend die Uebernahme des incertum periculum, quod ex navigatione maris metui solet (L. 2 cit.), also ex marinae tempestatis discrimine, wie namentlich des unverschuldeten Schiffbruchs (infortunium naufragii L. 4 C. h. t.), überhaupt aber casus (L. 4 cit.), daher ohne Zweifel auch Beraubung durch Seeräuber und gerechter Seewurf, wodurch Geld oder Waare unterging, vom Gläubiger getragen werden müssen, und bei nur theilweisem Verlust scheint es billig, daß der Gläubiger, wenn nicht das Gegentheil verabredet wurde, seine Klage auf den Betrag des Geretteten und im Bestimmungshafen Angekommenen nebst Zinsen davon beschränken müsse: wogegen er im Zweifel den Ersatz, den der Schuldner nach der Lex Rhodia erlangte, sich nicht abziehen zu lassen braucht, weil der Sinn des Vertrages dahin geht, ihm die sofortige Disposition über das Versicherte am Zielorte der Reise zu gewähren. Anderer Untergang, z. B. durch innern Verderb der Waaren oder Delicte der Schiffsmannschaft, bleibt dagegen unbeachtet, wenn das Schiff nur ankommt. Wäre das Schiff bei bedungener Reisezeit erst nach deren Ablauf vor erreichtem Ziele untergegangen, so ist zwar die Bedingung des Gefahrscontracts für den Gläubiger auch fehlgeschlagen, es tritt dann aber, da er nun auch diese Gefahr nicht trägt, die gewöhnliche Natur des Darlehns hervor.

Ueber die Frage des vom Entleiher verschuldeten Untergangs oder nicht-erreichten Reiseziels enthalten die Quellen nur die Aussage, daß diesen Unfall der Gläubiger nicht trägt, namentlich in dem Falle, daß der Darlehnsempfänger die vereinbarte Reiseroute nicht inne gehalten und das Schiff mit verbotener Waare beladen hat, die confisciert wird. L. 3 C. h. t. Kann dann aber der Gläubiger das Capital mit den bedungenen Zinsen stets und zwar sogleich oder erst später und für welche Zeit die Zinsen fordern? Nach den allgemeinen Grundsätzen über

---

[1]) L. 3. 6 D. L. 1. 3. 4 C. h. t. L. 122. §. 1 D. de verb. obl. (45, 1). In der L. 3 C. cit. . . . ut post navigium, quod in Africam dirigi debitor adseverabat „in Salonitanorum portum nave delata", fenebris pecunia tibi restitueretur ita ut navigii dumtaxat, quod in Africam destinabatur, periculum susciperes, perque vitium debitoris, nec loco quidem navigii servato, illicitis comparatis mercibus etc. sind die hervorgehobenen Worte wenn nicht gar versetzt, indem sie ursprünglich hinter nec loco quidem navigii servato standen, zu übersetzen: mit dem (nachher) in den Salonitanischen Hafen (in Dalmatien) eingeführten Schiffe. Betrachtet man sie (wie Glück S. 172 und Andere) als Theil der Abrede: nachdem das Schiff erst nach Salona gebracht worden, so hätten sie vor in Africam stehen müssen und es wäre auch dann kein Grund abzusehen, weshalb dieser Abfahrtsort erwähnt wurde.

Digitized by Google

das Verſchulden und die Bedingungen wird man behaupten müſſen, daß der Schuldner hier zwar auch für culpa levis, aber, weil der Contract stricti iuris iſt, nur in faciendo einſtehe, alſo z. B. nicht für die Handlungen des Magiſter und der Schiffsleute, durch welche er die Schifffahrt betrieb und bei deren Auswahl er ſich nicht vorgeſehen hatte; ſein Dolus aber, durch den es bewirkt worden, daß das Schiff nicht mit unverſehrter Ladung angekommen iſt, würde ihm ſtets, wenn auch wegen dolus in non faciendo nur durch actio de dolo ſchaden. Wenn nehmlich zwar eine Bedingung im Allgemeinen nur dann auch als erfüllt gilt, wenn der Schuldner abſichtlich ihren Nichteintritt herbeigeführt hat (L. 85. §. 7 D. de verb. obl. (45, 1). L. 38 D. de statulib. 40, 7), ſo muß man doch hier nach dem Sinne des Contracts im Zweifel daſſelbe auch von blos culpoſer Hinderung des navem salvam pervenire behaupten, inſofern der Gläubiger das Tragen eines ſo herbeigeführten Unfalles von ſich ablehnte. Wird es aber in dieſen Fällen ſo angeſehen, als wenn die Ladung glücklich angekommen wäre, ſo kann der Gläubiger das ihm Verſprochene auch erſt nach Ablauf der Zeit, welche die Fahrt regelmäßig erheiſchte, und die Seezinſen auch nur für eben dieſe angenommene Reiſezeit fordern. Daß aber, wenn es gar nicht zu der Reiſe käme, welche ſelbſt der Schuldner ja nicht verſprochen hat, nur die gewöhnlichen Grundſätze des Darlehns Anwendung finden würden, iſt ſchon bemerkt worden.

Wegen des Intereſſes, welches der Gläubiger nach dem Geſägten an der Bewahrung und Erhaltung des Geldes und beſonders an deſſen Einforderung nach glücklicher Ankunft des Schiffes am Reiſezielorte zur Beſorgung einer Rückfracht oder anderer Geſchäfte hatte, pflegte er dem Gelde einen oder mehrere Sclaven mit dem nöthigen Proviant [1]) auf das Schiff mitzugeben und zur Entſchädigung für deren dadurch entbehrte ſonſtige Dienſtleiſtungen und verurſachten andern Aufwand als eine faſt nothwendige Folge des Schiffsdarlehns etwas zu ſtipulieren [2]). Dieſe Entſchädigung hatte ſo gut wie das, was der Gläubiger ſich für das nach der glücklichen Ankunft dem Schuldner noch belaſſene Capital ausdrücklich als Zinſe ausbedang, die Natur von Zinſen, da ſie für etwas bedungen wurde, was in der Zeit des ſtehenden Capitals als ein Aufwand auf deſſen entbehrte eigene und dem Schuldner zugewandte Nutzung, welcher die dafür bedungenen Zinſen wieder verminderte, zu betrachten war, und gewöhnlich wird ſie in der

---

[1]) Die Pandekten erwähnen in L. 122. §. 1 D. de verb. obl. (45, 1) nur die sumptus für die pecuniam prosecuti, die aber natürlich eben hauptſächlich in den Zehrungskoſten beſtanden. Es ging aber wohl auch die andere (S. 229) der beiden Hauptarten, wie zu Juſtinians Zeit nach Nov. 106 praef. dieſe Contracte in Conſtantinopel geſchloſſen zu werden pflegten, daß nehmlich der Darlehnsgeber außer den Schiffszinſen in Höhe von $^1/_{10}$ des Capitals für die übernommene Zeit der Gefahr ſich auch das Recht ausbedang für je einen Solidus des Darlehns einen Scheffel Waizen oder Gerſte zollfrei (d. h. ſo daß der Darlehnsempfänger den Zoll tragen mußte) auf das Schiff zu bringen (den er dann am Beſtimmungsorte durch den Sclaven verkaufen ließ), aus der ältern Mitgabe des Proviants für den Sclaven hervor. Andere mir unrichtig ſcheinende Deutungen der ganzen Stelle ſ. bei Glück cit. S. 192. Arndts Pand. §. 283 Anm. Windſcheid Pand. §. 371 Note 9.

[2]) L. 4. §. 1 D. h. t. L. 23 D. de obl. et act. (44, 7). L. 122. §. 1 D. de verb. obl. (45, 1). Glück cit. S. 188. Zeitſchr. f. Civilrecht und Proc. N. F. X. S. 9.

Digitized by Google

Zinsstipulation für die Zeit nach Ankunft des Capitals bis zu seiner Rückzahlung mit berücksichtigt worden sein. Daher Papinian in L. 4. §. 1 D. h. t. entscheidet, daß das dafür Versprochene nicht die höchste gewöhnliche Zinse (centesima) und das alterum Tantum (duplum) des Capitals übersteigen dürfe, wenn aber etwa für das post diem periculi noch stehende Capital Zinsen unterhalb des höchsten Maßes besonders versprochen wären, das, was bis zu diesem fehlte, aus der Stipulation dieser Entschädigung ergänzt werden könne. Für die Tage der Reisezeit war es also, wenn auch vielleicht in eine besondere Stipulation gefaßt, zu der keiner Beschränkung unterworfenen Gefahrszinse zugehörig: mußte doch der Gläubiger bei deren Berechnung auch die Möglichkeit, daß der Sclav mit dem Gelde zu Grunde ging, bedenken. Nicht verschieden von jener ersteren Zinse oder operarum stipulatio ist die auch als üblich bezeichnete poena traiecticiae pecuniae, wenn diese am bestimmten Tage nicht zurückgezahlt würde (L. 8. 9 D. h. t.), ob operas eius, qui eam pecuniam peteret (L. 23 D. de obl. et act. 44, 7), der freilich ausnahmsweise (wie z. B. bei Catos Betreibungsweise der Schiffszinse Plut. Cato mai. 21 oben S. 222 Anm. 1) auch ein Anderer als der mitgegebene Sclave sein konnte. Obgleich nehmlich zur gewöhnlichen Zinse zu rechnen und als Entschädigung für die gedachten operae bedungen, heißt sie doch auch vorzugsweise poena, weil dem Gläubiger an der pünktlichen Rückzahlung des Capitals mit den Gefahrszinsen an den Sclaven oder sonstigen prosecutus wegen der damit vorzunehmenden weitern Geschäfte besonders gelegen war und der Darlehnsempfänger also nur in Form des fenus für die verzögerte Rückzahlung durch einen innerhalb der centesima usura höher bemessenen Betrag desselben bestraft werden sollte.

Uebrigens konnte für die Rückzahlung gleich im Contract ein Tag festgesetzt sein — nicht zu verwechseln mit der Bestimmung der Zahl der Reisetage, für welche der Gläubiger allein die Gefahr tragen wollte (oben S. 222). War dieses nicht geschehen, und dieses bildete wohl die Regel, weil dem Schuldner schicklicher Weise nach der Ankunft-Zeit gelassen werden mußte, durch Umsatz seiner Waaren das nöthige Geld zur Bezahlung des Versprochenen sich zu verschaffen [1]), so verfiel die poena, d. h. begann der Zinsenlauf erst mit der Mahnung (petitio, interpellatio) und war diese nicht möglich, weil z. B. der Schuldner ohne erreichbaren Erben gestorben war, so mußte deshalb eine testatio der unmöglich gewesenen Mahnung eingelegt werden, die die Stelle einer solchen vertrat, L. 2 D. h. t.

> Labeo ait, si nemo sit qui a parte promissoris interpellari traiecticiae pecuniae possit, id ipsum testatione complecti debere, ut pro petitione id cederet.

War aber ein Fälligkeitstag bestimmt — was auch stillschweigend in der Zugestehung einer zinsfreien Frist nach der Ankunft für den Verkauf der Ladung lag — so bedurfte es nach der später durchgedrungenen allgemeinen Regel, daß für einen dann gegen den Schuldner bedungenen Nachtheil schon der ohne Leistung abgelaufene Tag diesen fällig macht, keiner Mahnung (L. 17 C. de contrah. v.

---

[1]) Daß nach Nov. 106 dem Schuldner dafür auch wohl eine gewisse Zahl von Tagen nach der Ankunft zinsfrei gelassen zu werden pflegten, ist schon oben S. 228 bemerkt worden.

Digitized by Google

comm. stipul. 8, 38) und war also deren Unmöglichkeit auf Seiten des Schuldners gleichgültig. Derselbe Labeo nach dem Auszuge des Paulus:

> L. 9 D. eod. Si traiecticiae pecuniae poena, uti solet, promissa est, quamvis eo die, qui primus solvendae pecuniae fuerit, nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet, tamen perinde committi poena potest, ac si fuisset heres debitoris. (Vgl. Ulpian L. 77 D. de verb. obl. 45, 1.)

Man braucht also in dieser Stelle, da sie mit dem dies primus solvendae pecuniae deutlich auf einen festgesetzten Zahlungstag hinweist, das committi poena potest nicht von einer betonten bloßen Möglichkeit zu verstehen, welche nur dann zur Wirklichkeit werde, wenn der, welcher mahnen wollte und nicht konnte, darüber nach L. 2 cit. Protest einlegte. — Dagegen verfällt die Strafstipulation mit dem bedungenen, ohne Leistung verstrichenen Tage allerdings dann nicht, wenn es an demselben am Gläubiger lag, daß er die Zahlung nicht empfing. Ulpian L. 8 D. h. t.

> Servius ait, pecuniae traiecticiae poenam peti non posse, si per creditorem stetisset, quo minus eam intra certum tempus praestitutum accipiat.

Hiermit stimmt auch Africanus in der sehr bestrittenen L. 23 D. de obl. et act. (44, 7) überein, welche ebenfalls von der poena spricht, die für den Fall der Nichtleistung einer an einem bestimmten Tage zurückzuzahlenden pecunia traiecticia bedungen ist. Nach ihr verfällt die so bedungene poena etiam si omnino (debitor) interpellatus non esset. In dem Zusatz

> nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quo minus solveret.

sind aber die Worte si per debitorem non stetisset u. s. w. nach der Vorstellung des an jenem Tage wirklich vorzunehmenden Actes der Erfüllung, wobei es dann jedenfalls, wenn nicht an dem einen, an dem andern Theile liegen muß, wenn sie nicht zu Stande kommt, im prägnanten Sinne gleichsam mit Betonung des per debitorem zu verstehen, in welchem Sinne sie auch bei Ulpian in L. 23. §. 1 D. de receptis (4, 8) vorkommen, d. h. so, daß damit der Gegensatz sed per creditorem quo minus acciperet gemeint ist. Demnach wird man auch nicht anstehen, in der in der Stelle des Africanus weiterhin nach einigen wie eine Anmerkung eingeschobenen, auch von den Basil. 52, 1, 22 wieder weggelassenen Zwischensätzen [1]) folgenden Periode, in der der Jurist diese Entscheidung mit einer beim Compromiß allgemeiner anerkannten rechtfertigt,

---

[1]) Nehmlich den Worten: alioquin dicendum, et si is, qui interpellare coepisset, valetudine impeditus interpellare desisset, poenam non committi. de illo sane potest dubitari, si interpellatus ipse moram fecerit, an, quamvis pecuniam postea offerat, nihilo minus poena committatur: et hoc rectius dicitur. Mommsen will hier 1) die Worte interpellatus ipse streichen. Sie könnten allerdings fehlen, erklären sich aber daraus, daß der Jurist nach dem angegebenen prägnanten Sinne der vorhergehenden Worte si per debitorem non stetisset — sed per creditorem nun den Gegensatz davon, die mora des Schuldners selbst bezeichnen will. 2) schiebt er nach dicitur einen Satz des Sinnes ein: ceterum poena non committitur, si per debitorem non steterit, quo minus eo die solveret: was nach dem Obigen auch entbehrt werden kann.

Digitized by Google

nam et si arbiter ex compromisso pecuniam certo die dare iusserit, neque per eum, qui dare iussus sit, steterit, non committi poenam respondit:

die Worte neque per eum ... steterit in demſelben Sinne zu nehmen — falls man nicht, was daſſelbe Reſultat deutlicher ergeben würde, qui als aus cui verderbt anſehen und das folgende non ſtreichen will, welches der Abſchreiber nach dem früheren non committi stipulationem und poenam non committi ſetzen zu müſſen glaubte[1]). Dazu ſtimmt auch der dann noch folgende Zuſatz adeo ut et illud Servius u. ſ. w. Jene dem Gläubiger günſtige Entſcheidung hatte Servius ſelbſt dahin erſtreckt, daß wenn auch der Arbiter keinen Tag der Leiſtung beſtimmt habe, eine mäßige Friſt als ſtillſchweigend von ihm beſtimmt anzunehmen ſei, nach deren Ablauf ohne Leiſtung alſo auch daſſelbe gelte[2]).

Ein weiterer häufiger Vertrag zur Unterſtützung der Schiffsdarlehne war, wie wir aus L. 4 pr. L. 6 D. h. t. und L. 122. §. 1 D. de verb. obl. (45, 1) ſehen, daß der Gläubiger ſich dafür und für die Strafe die verladenen Waaren des Schuldners verpfänden ließ, mit denen dieſer am Beſtimmungsorte ein gutes Geſchäft zu machen und vom Erlöſe das Darlehn zurückzuzahlen gedachte. War er dann damit ſäumig, ſo konnte der Gläubiger durch eigenen oder dem mitgegebenen Sclaven übertragenen Pfandverkauf ſich beliebig bald befriedigen. Durch dieſe Verpfändung erhielt das Schiffsdarlehn eine große Aehnlichkeit mit dem modernen Bodmereivertrag, von dem wir hier nicht weiter handeln[3]).

Wir ſchließen mit einer auch noch die Gefahr beim Mutuum betreffenden Frage, welche deshalb beſonders ſchwierig iſt und kaum Ausſicht hat, jemals von der Jurisprudenz einhellig beantwortet zu werden, weil uns unſere Quellen bei ihr ſo gut wie gänzlich im Stich laſſen[4]), die herrſchende Jurisprudenz aber, wie in ähnlichen Fällen, ſo auch hier, ſich meiſtens von einer ſ. g. Billigkeit oder dem Bedürfniß des modernen Verkehrs leiten läßt und damit, wenn auch nur unbewußt, in die Rolle des Geſetzgebers, der ihm angemeſſen Scheinendes beſtimmt, übertritt, während unſere Abſicht nur darauf gerichtet ſein kann, das, was aus den Principien des Römiſchen Rechts folgt, durch die in L. 10. 11. 13 D. de legib. (1, 3) gemeinte interpretatio zu ermitteln. Die Frage iſt: wer trägt beim Mutuum die Gefahr des Untergangs des Genus ſelbſt?

Unſere Rechtsquellen wenden den Begriff des Untergangs beim Gegenſtande von Obligationen ſo conſtant und ausſchließlich nur auf Species an, ſelbſt auch

---

[1]) Ich nehme mit dieſer leichteren Kritik und befriedigenderen Erklärung diejenige zurück, welche ich in der Zeitſchr. f. Civilr. und Proc. N. F. IV. S. 419 ff. verſucht habe.

[2]) Celſus in L. 23 pr. D. de rec. (4, 8) erwähnt dieſe auch wohl ſpäter nicht allgemein angenommene Anſicht des Servius nicht.

[3]) Vgl. Holzſchuher Theorie und Caſuiſtik III. S. 470 mit den dortigen Citaten, auch Beſeler Deutſches Privatr. §. 256. Gerber D. Privatr. §. 204 und das D. Handelsgeſetzbuch Art. 680 ff.

[4]) Meiſtens auch die Litteratur. Die Frage wird namentlich nicht berührt in der Abh. von Wächter, Wer hat bei den Oblig. die Gefahr zu tragen? im Archiv für civ. Pr. XV. S. 127 ff. Heimbach Creditum 14. Abh. von dem Periculium beim Creditum S. 455 ff.

Digitized by Google

bei generiſchen Obligationen, mag dabei von der Gefahr des zur Begründung der Obligation durch Hingabe nur Beſtimmten, wie im Falle der L. 102 pr. D. de solut. (46, 3), oder ſchon Hingegebenen, wie bei einem Darlehn zu einer in rem versio (L. 3. §. 10. L. 17 pr. D. de in rem verso 15, 3), oder bei der Schiffszinſe (vgl. oben S. 224), oder von der Gefahr des zur Aufhebung irgend einer generiſchen Obligation Dienenden (L. 6 D. de doli m. exc. (44, 4). L. 72 pr. L. 102 pr. D. de solut. (46, 3). L. 73. §. 2 D. de verb. obl. (45, 1). L. 84. §. 3 D. de leg. 1) die Rede ſein, daß man nicht ohne Grund die Rechtsregel aufgeſtellt hat genus interire non censetur (Glossa ad L. 30. §. 5 D. ad l. Falc. (35, 2). Unterholzner Schuldverh. I. S. 512), die ja auch bei den gewöhnlichen Darlehnsſachen durch die Natur ſelbſt beſtätigt wird. Danach wäre dann die obige Frage ſelbſt unſtatthaft. Aber abgeſehen davon, daß ſelbſt in geſchichtlicher Zeit manche natürliche Gattungen, namentlich von Thieren, thatſächlich ausgeſtorben ſind, ſo kann das Genus der Darlehnsſachen von den Parteien ſo beſtimmt und beſchränkt werden, daß ſich ein Untergang deſſelben in allen zur Rückzahlung zuläſſigen Individuen doch gar wohl denken, oft ſogar auch leicht beweiſen läßt. Auch iſt man im Ganzen darüber einverſtanden, daß ſolche nähere Beſtimmungen oder Beſchränkungen Recht und Natur der generiſchen Obligation im Unterſchiede von der alternativen nicht aufheben[1]). So z. B. bei dargeliehenen überwiegend natürlichen

---

[1]) Wenigſtens für die hier behandelte, gewöhnlich ganz vernachläſſigte Frage vom Darlehn, alſo in den im Text folgenden Beiſpielen würde darin wohl Einverſtändniß herrſchen. Für die nur verwandte Frage, ob bei blos generiſch alſo unbeſtimmt bezeichnetem Gegenſtande aus einer beſtimmt begränzten Menge, z. B. eines, (zwei, drei) von meinen Gemälden oder eine, (zwei, drei) Ohm Wein aus dieſem Stückfaß, das ganz verſchiedene Recht der alternativen oder generiſchen Obligation eintritt, namentlich in den bekannten Beziehungen, 1) ob der zufällige Untergang auch des letzten Stückes den Gläubiger oder Schuldner treffe und 2) ob das anfängliche oder ſpätere Eigenthum des Gläubigers an einem Stücke es von der Obligation ausſchließe oder nicht, wozu aber auch noch die dritte kommt, ob der Schuldner mehrerer Stücke, nachdem er eines zur Erfüllung gegeben, ſich durch die Hingabe eben deſſelben, an dem er ſpäter wieder das Eigenthum erworben, vollends befreien könne oder nicht, iſt Streit und nimmt man dafür ſelbſt eine Antinomie unter den Pandektenjuriſten an (ſ. die Citate bei Windſcheid Pand. §. 255 Note 17. 21): in der That nur in Folge mangelhafter Interpretation und Unterſcheidung verſchiedenartiger Fälle. Vermacht Jemand unbeſtimmt aus einem Genus Sachen (welcher Begriff Individualität vorausſetzt), z. B. einen (zwei, drei u. ſ. w.) Sclaven oder was der Legatar von ſeinem Silberzeuge auswählen werde (L. 30. §. 5 D. ad leg. Falcid. 35, 2) — ein Legat, welches vor Juſtinian ſelbſt eine den dies cedens aufſchiebende Bedingung enthielt — ſo iſt dieſes in der That ein alternatives Vermächtniß (ſo richtig Savigny Obl.recht I. S. 400), da, wie Paulus L. 66. §. 3 D. de leg. 2, den gewöhnlichen Fall, daß der Teſtator der Art Sachen hat und hinterläßt, vorausſetzend, wo bekanntlich das Legat ſich auf dieſe bezieht, mit Recht bemerkt, hominis legatum orationis compendio singulos homines continet, und trifft folglich der caſuelle Untergang aller pro parte (für das Legierte) auch den Legatar eben ſo, quam si omnes res per speciem enumeratae relictae essent (Mäcian L. 30. §§. 5. 6 D. ad l. Falc. 35, 2). Vgl. Ulp. 24, 14. §§. 22. 23 I. de leg. (2, 20). L. 65 pr. L. 71 pr. D. de leg. 1. Und daſſelbe würde nach L. 66. §. 3 cit. (wie ja auch in andern Beziehungen L. 45. §§. 1. 2. L. 46 D. de leg. 1) von der (ſchenkungsweiſe geſchehenen) Promiſſion eines Sclaven gelten (vgl.

Digitized by Google

Sachen, wie neuem Wein, Oel, Getreide durch den Zusatz: von dem und dem Acker, der später durch Erdfall oder sonst wie untergeht, oder von dem und dem Jahrgange z. B. Opimischem Wein, von dem nachher constatiert wird, daß nichts mehr von ihm vorhanden sei, von der und der Güte, die wie bei der Hingabe auch bei der Rückzahlung Titius wieder bestimmen soll, der aber vor der Rückerstattung stirbt, bei Sachen, die in ihrer Existenz selbst mehr von menschlicher Kunstfertigkeit oder Veranstaltung bedingt sind, wie wenn Fabrikate, z. B. Zündhölzer, welche die Regierung später als öffentlich schädlich verbietet, oder die noch ungebrauchten aus der Werkstatt eines gewissen Künstlers, der nachher stirbt, oder, was wohl praktisch am wichtigsten, geldwerthe Inhaberpapiere, wie Staatsschuldscheine, Actien, Prioritätsobligationen u. dgl. in gewisser Qualität und Quantität geborgt werden, die später durch Einziehung, Consolidierung, Fallissement u. s. w. ihre Geltung verlieren. Auch selbst das Geld gehört dahin, in wiefern dasselbe in

---

L. 35. §. 2 C. de don. 8, 54), natürlich auch vom Verkauf eines solchen, wenn er sich nach der Meinung der Parteien auf eine bestimmte Menge von Sclaven z. B. die eigenen oder erbschaftlichen des Verkäufers bezieht. Ist aber nicht eine Sache, sondern ein abstractes Quantum, wie ein Gewicht, z. B. 50 Pfund Silber, pure (nicht quod elegerit, was da keinen Sinn hat) vermacht, so bezieht sich dieses Legat zwar zunächst auch auf das vom Testator hinterlassene Silber (L. 1. 3 pr. D. de tritico (33, 6) vgl. L. 4 D. de auro 34, 2), bleibt aber, da ein Gewicht (oder Maß L. 1. §. 1. L. 5 D. de peric. 18, 6) oder ein allgemeiner idealer Theil einer species, (L. 66. §. 2 D. de leg. 2) vor der Zuwägung (oder Zumessung oder der erklärten Tradition des Theils) noch keine species, also eigentliche Sache ist, eben so wie auch beim Kauf eines solchen Quantum (L. 35. §. 7 D. de contr. empt. (18, 1). L. 1. §. 1. L. 5 cit.), ein generisches Geschäft, so daß hier der zufällige Untergang des ganzen Silbers des Testators nach dessen Tode nicht, wie im ersten Falle, die Obligation aufhebt. L. 30. §. 5 cit. vgl. L. 83. §. 5 D. de verb. obl. (45, 1). Was dagegen die zählbaren Dinge betrifft, so fallen diese in der Regel (nehmlich abgesehen z. B. von noch ungefällten Bäumen, vom Ringe noch nicht getrennten Edelsteinen und dgl.) mit den vorhin gegensätzlich erwähnten Sachen zusammen, was sie von vornherein sind; für sie gilt also das Recht der alternativen Obligation und das der generischen Obligation nur theils für jede Geldobligation, weil da die Natur des Geldes alle begränzende Bezugnahme auf bestimmte Geldmengen, z. B. auch auf die Geldstücke, welche der Schuldner besitzt, ausschließt, theils bei dem Legat, Versprechen oder Verkauf auch anderer Sachen ganz im Allgemeinen, d. h. wo nicht an eine bestimmte Menge derselben, aus der geleistet werden soll, gedacht ist. L. 67. L. 72. §. 4 D. de solut. (46, 3), wo — gegen Krügers und Mommsens Vorschläge — nur nisi vor vi quidem ipsa et hic ex his dari stipulatus est, qui eius non erant ausgefallen und zu ergänzen ist. L. 35. §. 5 D. de contr. empt. (18, 1). Ist aber eine Heerde (nicht z. B. die Schafe des Verkäufers) so verkauft, daß der Preis für die einzelnen Stücke festgesetzt wurde, die sie enthalten würde, so macht, da hier im Zweifel die unbestimmte Größe einer Heerde als universitas infinita (durch Sterbefälle und Geburten bis zur Tradition) berücksichtigt wurde (vgl. Archiv f. civ. Pr. LXIII. S. 464—457), den Kauf auch wieder zu einem generischen, und trägt der Verkäufer bis zur Zuzählung die Gefahr. L. 35. §. 6 D. de contr. empt. (18, 1). Bestimmte in einer Menge per aversionem (mit einem Gesammtausdruck) gekaufte, stipulierte, legierte vertretbare Sachen sind natürlich stets ohne Unterschied von Zähl- und Wäg- oder Meßbarem und selbst von Vertretbarem oder Unvertretbarem als species zu betrachten, deren Gefahr sofort der Gläubiger trägt.

Digitized by Google

seiner Geltung von der staatlichen Anerkennung abhängig ist, vgl. L. 102 pr. D. de solut. (46, 3). So erklären denn Manche die Regel genus interire non censetur, die in unseren Rechtsbüchern nicht begründet sei, überhaupt für falsch [1]).

Sollen wir nun mit diesen sagen: impossibilium nulla est obligatio [2]), folglich trägt der Darlehnsgläubiger, dessen Forderung doch eben auf ein bestimmtes Genus geht, nach dessen Untergange eben so die Gefahr, wie wenn eine Species, z. B. die commodierte Sache, untergegangen wäre, und der Schuldner wird frei [3])? Dagegen sträubt sich aber alles natürliche Rechtsgefühl und es ist mir auch in der viel verhandelten Controverse über den Inhalt einer Geldobligation (Savigny Obl.recht I. §§. 40—45), also auch der aus einem Darlehn, nachdem das Münzsystem, auf Grund dessen sie mit Richtung auf eine bestimmte Münzart entstanden war, ohne eine gesetzliche Bestimmung über das Verhältniß des neuen Münzsystems zu einem ältern, abgeschafft worden, keine Ansicht bekannt, welche dann den Schuldner schlechthin für liberiert erklärt hätte [4]).

Bleiben wir beim Darlehn stehen (denn andere Contracte können nach ihrer Eigenthümlichkeit auch ein anderes Recht mit sich bringen), so scheint uns der richtige Begriff desselben, daß es ein Vermögensgeschäft ist, auch hier auf die richtige Beantwortung unserer Frage zu führen. Durch dasselbe wird der Empfänger als solcher sofort sächlich im Umfange des Empfangenen, aber auch nur sächlich ideal oder abstract, weil nur generisch auf gleiche Qualität und Quantität desselben, die als solche nur im Intellect vorhanden sind, — nicht real, wie die Species gleicher Qualität und Quantität, welche letztere erst wieder bei einem neuen Geschäft, der solutio als gültigem Mittel die Obligation wieder aufzuheben, in Betracht kommen können — in seinem Vermögen obligiert und ist damit ein debens = de-habens,

---

[1]) Jhering Jahrb. f. Dogm. IV. S. 394. Dernburg Preuß. Privatr. 2. Ausg. II. S. 66.

[2]) Wir führen nicht die als gleichwerthig betrachtete Regel vom Untergange der Obligation si in eum casum deducta est, unde incipere non potuisset an, weil diese selbst nicht von allen Römischen Juristen anerkannt war. L. 98 pr. L. 140. §. 2 D. de verb. obl. (45, 1).

[3]) So Jhering a. a. O., wo er jedoch vom Tragen der Gefahr beim Kaufcontract handelt. Dabei betrachtet er es aber doch als selbstverständlich, daß wenn z. B. eine Ohm aus einem Stückfaß verkauft und das Stückfaß vor der Zumessung zufällig untergegangen, mithin der Verkäufer von der Leistung frei geworden sei, er doch den Kaufpreis nicht fordern könne (also wohl auch den bezahlten zurückgeben müsse?), was er aus seiner Theorie erklärt, daß der Verkäufer erst durch seine Leistung den Anspruch auf den Kaufpreis erhalte. Diese Theorie widerspricht aber sicher den Quellen, nach denen die Klage auf den Kaufpreis sofort aus dem perfecten Contracte entspringt und nur wenn der Verkäufer nicht erfüllt (oder wenigstens angeboten) hat — von der Verpflichtung dazu ist er aber hier frei geworden — durch exceptio entkräftet werden kann (L. 25 D. de act. empti (19, 1). Gai. 4, 126 a), wogegen allerdings die Kaufklage, da man um Geld kauft, bekanntlich ipso iure durch die Anbietung des Kaufgeldes bedingt ist. Wir sprechen hier nicht vom Kaufcontract und warnen vor falschem Generalisieren, insbesondere vor einer Schlußfolgerung von dieser Frage beim Kauf auf die ganz anderartige beim Darlehn.

[4]) Für ein Darlehn in geldwerthen Papieren, die nachher aus dem Verkehr gekommen sind, ordnet auch das A. Preuß. L.R. I. 11. §§. 793. 794 Rückerstattung in Geld an.

Digitized by Google

d. h. um so viel er zur Vermehrung seines Vermögens dinglich empfangen hat, obligatorisch darin vermindert. Diese Verminderung in Gestalt von Schuld — ein nur negativer Begriff — kann nun auch, eben weil sie in ihrem Object real nicht vorhanden ist, darin in der That auch nicht untergehen — insofern ist doch die Regel wahr, daß genus, nehmlich als debitum interire non potest — und es wäre ein logischer Fehler, die Regel impossibilium nulla obligatio, die ja nicht heißt nullum debitum, cuius solutio est impossibilis, darauf anzuwenden. Vielmehr ist jene Schuld als generische von vornherein mit dem Vermögen selbst, welches non intellegitur nisi deducto aere alieno, eben so beständig dauernd und durch keinen Untergang des Gegenstandes zerstörbar, wie die Schuld einer Species in Folge ihres vom Schuldner durch dessen culposes Factum oder Mora vermittelten Untergangs als ästimative und damit geldgenerische, es wird (perpetuatur obligatio L. 91. 23 D. de verb. obl. 45, 1). Wie also z. B. ein so untergegangener Sclav immer noch mit der intentio si paret N. N. um A. A. o hominem Stichum dare oportere gültig eingeklagt werden kann (L. 91. §. 6 D. l. c.), so auch hier die Darlehnsschuld nach dem Untergange des factischen Genus. In beiden Fällen hält die Obligation, ungeachtet der entstandenen Unmöglichkeit, sie durch Entrichtung ihres bedungenen Gegenstandes zu lösen, gleichsam ein stillschweigender Vertrag, der aber wirklich nur eine Folge aus ihrer vermögensrechtlichen Natur ist, aufrecht, dort für den hinterdrein eintretenden Fall des verschuldeten Untergangs der Species [1]), wodurch sich doch der Schuldner selbst ebensowenig wie durch verweigerte Leistung schuldfrei machen kann, hier in Folge des ausdrücklich bedungenen generischen Inhalts der Obligation, der den Untergang des unter dem Genus begriffenen thatsächlichen Inhalts als für sie gleichgültig, d. h. einer blos nicht geschehenen Leistung gleichstehend erscheinen läßt. Jener abstracte Inhalt, der erst bei dem zu erzwingenden dare oportere, d. h. der vom Civilrecht gewährten Klage mit richterlicher Condemnation hervortreten kann, ist nun aber das sächliche Interesse, civilrechtlich zu einer Realität erhoben im Gelde, als dem abstracten Werthmesser der Dinge des Vermögens. Deshalb ist auch nur die civile Obligation eine eigentliche mit vollem Sinne des oportere, und diese nicht ohne den wenigstens eventuellen Inhalt des Geldes denkbar. L. 9. §. 2 D. de statulib. (40, 7).

Wenn nun, wie aus dieser Darlegung hervorgeht, der Untergang des Genus, in welchem das Darlehn abgeschlossen worden, die dadurch begründete Obligation nicht aufhebt, sondern nur bewirkt, daß der dann stets zur Klage genöthigte Gläubiger sich mit der Aestimation begnügen muß, so fragt es sich nur noch, nach welchem Zeitpuncte sich diese zu richten habe. War eine Zeit der Rückgabe bedungen, der man auch die der eingetretenen Mora des Schuldners gleichzustellen pflegt, und existierte dann das Genus noch, so bleibt es natürlich bei der Regel der L. 4 D. de cond. trit. (13, 3). L. 22 D. de reb. cred. (12, 1) (oben S. 220). War es aber schon untergegangen, so kann weder diese Zeit noch sonst die der Litisconteſtation berücksichtigt werden, da beide nach untergegangenem Genus keine Grundlage für die Aestimation mehr abgeben können, sondern nur die des Contractsabschlusses, der bei wegfallender Rücksicht auf die Rückgabe in allen Beziehungen

[1]) Im Falle der Mora: des verschuldeten creditorischen Nichthabens der Species zur Zeit der geschehenen Mahnung.

Digitized by Google

den Umfang der damals entſtandenen Obligation beſtimmt. So wirkt bekanntlich auch der dem Schuldner zur Laſt fallende Untergang einer geſchuldeten Species modificierend auf die ſonſtigen Regeln über die Aeſtimationszeit ein. L. 3 D. de cond. trit. (13, 3). L. 29 D. rer. amot. (25, 2). Einen beſtimmten Quellenausſpruch für unſere Anſicht gibt es nicht. Wenn aber Julian in L. 22 D. de reb. cred. (12, 1) berichtet:

> Vinum quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est. quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret, utrum cum datum esset, an cum litem contestatus fuisset, an cum res iudicaretur. Sabinus respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, si non, quanti tunc, cum petitum esset.

ſo zeigt dieſes, daß bei den Römiſchen Juriſten doch auch die Zeit des Contracts in Frage kam und mag nur die Beſchränkung der Antwort des Sabinus auf die gewöhnlichſten Fälle uns die Angabe entzogen haben, daß in unſerem Falle dieſe Zeit zu Grunde zu legen ſei.

So würde nun beiſpielsweiſe, wenn ein Darlehn in gewiſſen Staatspapieren gemacht wäre, nach deren Einziehung vor dem beredeten Rückerſtattungstage oder ohne einen ſolchen ſchlechthin der Curswerth am Tage des Contractsabſchluſſes zu äſtimieren ſein, bei einem Gelddarlehn aber nach inzwiſchen eingetretener Abſchaffung des damaligen Münzſyſtems, wodurch auch die Darlehnsmünze ihren Geldcharakter verlor, unter Vorausſetzung eigentlichen civilrechtlichen Geldes (mit publica et perpetua aestimatio (L. 1 pr. D. de contr. empt. 18, 1), welche ſtets ſ. g. Zwangscurs mit ſich bringt), eben ſo der Werth, den das Hingegebene zur Zeit der Hingabe als Geld, alſo nach ſeinem ſtaatlichen Nennwerthe, hatte, bei peregriniſchem Gelde aber, oder wo es auch dem einheimiſchen an jenem ſtrengen Geldcharakter fehlte, der damalige Curswerth.

Digitized by Google

Quellenregister.

S. bedeutet Seite, f. und folgende Seite, ff. und mehrere folgende Seiten.

Allgemeine Quellen.

Geneſis S. 7. Ev. Lucä S. 96.
Griechiſche und Römiſche Auctoren. — Agroecius S. 3. — Cäſar S. 15. — Cato S. 222. — Cicero S. 14. 16. 78. 92. 95. 96. 115. 150. 182. 200 f. 217 f. 222. — Demoſthenes S. 94. — Dio Caſſius S. 151. — Gellius S. 2. 4. 6. 91. 100. 203. — Hirtius S. 15. — Horatius S. 2. 92. 100. 116. — Iſidorus Hiſp. S. 4. — Juvenalis S. 101. — Livius Patav. S. 6. — Nonius S. 1. 77. 11. — Ovidius S. 16. — Plautus S. 2. 3. 70. Plinius S. 1. — Der jüngere S. 11. — Plutarchus S. 71. 222. — Pollux S. 94. — Quintilianus (I. O.) S. 111. 203. — Seneca S. 11. 13. 14. 92. 100. 196. 198. — Suetonius S. 150. 152. — Tacitus S. 78. 151. 196. — Valerius Probus S. 212. — Varro S. 1. — Mittelalteriges Lat. Wörterbuch S. 91.
Griechiſche Inſcriptionen S. 96. — Lateiniſche Siebenb. Wachstafeln S. 13. 97. — Lex agraria S. 206. — Julia municip. S. 208. — Rubria de Gall. cisalp. S. 198. 205 f. Dioclet. ed. de pretiis rer. S. 128.

Vorjuſtinianiſche Rechtsquellen.

Gaii Instit. 1, 1. S. 6. 181. — 1, 4. S. 172. — 2, 59. S. 9. — 2, 82. S. 28. — 2, 204. S. 213. — 2, 220. S. 9. — 2, 254. 257. S. 210. — 3, 90. S. 1. 18. — 3, 91. S. 8. — 3, 124. S. 21. — 3, 131. S. 80. — 3, 132. S. 7. — 3, 134. S. 95. — 3, 144. S. 3. — 3, 156. S. 12. 30. — 3, 167. 176. S. 82. — 3, 196. S. 3. — 3, 201. S. 9. — 4, 1. S. 181. — 4, 9. S. 215. — 4, 13. 17a. S. 198. — 4, 21. S. 199. — 4, 33. S. 211. — 4, 41. S. 214. — 4, 47. S. 10. — 4, 48. S. 219. — 4, 50. 51. S. 214. — 4, 53b. S. 217. — 4, 55. S. 208. — 4, 70. S. 69. — 4, 116. S. 101. 111. 113. 114. — 4, 118. S. 120. 174. — 4, 122. S. 47. — 4, 124. S. 4. — 2, 126a. S. 236. — 4, 131. 136. 137. S. 216 f. — 4, 171. S. 204 f. — 4, 184. S. 206.
Gai. epit. 2, 9, 11. S. 140. — 2, 9, 12. 14, 1. S. 128 f.
Pauli sent. 1, 16. 17. 18. S. 217. — 2, 9, 1. S. 153. — 2, 14, 3. S. 222. 227 f. — 3, 6, 69. S. 9. — 4, 3, 2. S. 210. — 5, 7, 2. S. 128. — 5, 12. 11. S. 121. 41.
Ulp. Instit. S. 5.
Collatio 10, 7, 8. S. 42. — 10, 7, 9. S. 58.
Fragm. Vat. 249. S. 123.
Cod. Herm. tit. 1. S. 103. 113.
Cod. Theod. tit. de denunt. (2, 4). L. 3. S. 124. — L. 4. S. 11. — L. 6. S. 126. 136. — de pactis (2, 9). L. 3. S. 127. — si certum pet. (2, 27). L. un. S. 91. 116 f. 121. 124. 126. 141. 144. 208. — de pecun. sequestr. (2, 28). L. un. S. 116. — de usuris (2, 33). L. 1. S. 3. — de fisci debitor. (10, 16). L. 3. S. 124.
Nov. Valent. III. tit. 12. S. 97.
Syriſch-Römiſches Rechtsb..ch S. 58. 78. 116. 120. 221.

Juſtinianiſche.

Institutiones.
Tit. de iure natur. (1, 2). §. 2. S. 7.
„ de usufructu (2, 4). §. 3. S. 16. 17.
„ quib. alienare (2, 8). §. 2. S. 28. 43. 47.
„ de fideicomm. hered. (2, 23). §. 7. S. 210.
„ de obligat. (3, 13). §. 2. S. 129.
„ quib. mod. re contr. (3, 14). pr. S. 5. 14. — §. 2. S. 12.
„ de verb. obl. (3, 17) pr. S. 214.
„ de inutil. stip. (3, 19). §. 12. S. 126.
„ de litter. obl. (3, 21). S. 102. 119. 126. 129.
„ quib. mod. toll. obl. (3, 29). §. 3. S. 82.
„ de act. (4, 6). §. 33. S. 218.
„ quod cum eo, qui in al. (4, 7). §. 7. S. 154. 155. 173. §. 8. S. 69.

Digitized by Google

Tit. de except. (4, 13). §. 1. S. 110. — §. 2. S. 6. 102. 113.
Theophili paraphr. 2, 1, 26. — 2, 8, 2. S. 47. — 3, 13, 2. S. 113. — 3, 14 pr. S. 2. 18. — 3, 14, 1. S. 3. — 4, 7, 7. S. 152. — 4, 7, 8. S. 69.
Digesta.
Tit. de iustit. (1, 1). L. 6 pr. S. 6.
„ de offic. praef. urbi (1, 12). L. 1. §. 9. L. 2. S. 118.
„ de edendo (2, 13). L. 1. §§. 2. 3. 4. S. 121 f. — L. 2. §. 2. L. 10. §. 1. S. 118. — L. 6. §. 3. L. 9. §. 2. S. 93. — L. 10. §§. 2. 3. S. 123. 93.
„ de pactis (2, 14). L. 1. §. 3. S. 32. — L. 5. §. 12. S. 99. — L. 17 pr. S. 11. — L. 47. §. 1. S. 24. — L. 51 pr. §. 1. S. 215. — L. 57 pr. S. 13.
„ de procurat. (3, 3). L. 72. S. 41.
„ de negot. gest. (3, 5). L. 3. §. 4. S. 83. 85. — L. 6 pr. S. 85. — L. 6. §. 1. S. 55. 76. 81. 169. — L. 6. §. 9. S. 33. — L. 8. §. 3. S. 73. — L. 10. §. 1. S. 84. — L. 23. S. 33. 44. 77. — L. 24. S. 33. — L. 31 pr. S. 76. — L. 36. S. 75. — L. 37 pr. S. 84 f.
„ de minorib. (4, 4). L. 3. §. 4. S. 149. 162 f. — L. 11. §§. 4. 5. S. 84. — L. 11. §. 7. S. 159. — L. 13 pr. S. 83. — L. 24. §. 4. S. 56. — L. 25 pr. S. 194. — L. 27 pr. §. 1. S. 56. 163. — L. 34 pr. S. 159. — L. 40 pr. S. 65. 136.
„ de capite minut. (4, 5). L. 8. 9. S. 10.
„ de receptis (4, 8). L. 23. § 1. S. 232. — L. 35. S. 82.
„ de iudiciis (5, 1). L. 15. S. 217. — L. 18. §. 1. S. 10. — L. 20. S. 32. — L. 61. S. 202.
„ de rei vindic. (6, 1). L. 6. S. 202. L. 77. S. 9.
„ de usufr. (7, 1). L. 13 pr. S. 111.
„ de usufr. ear. rer. (7, 5). S. 16. L. 8 pr. S. 219.
„ ad legem Aquil. (9, 2). L. 2 pr. S. 214. — L. 21 pr. §. 2. S. 214. L. 41. S. 117.
„ de interrog. (11, 1). L. 1 pr. S. 212.
„ de reb. cred. (12, 1). S. 208. L. 1. S. 3. 14 — L. 2 pr. S. 1. 2. 18. — L. 2. §. 1. S. 4. 5. 18. — L. 2. §. 2. S. 1. — L. 2. §. 3 S 14. 52. 57. — L. 2. §. 4. S. 28. 29. 30. 38. 55. — L. 2 §. 5. S. 32. L. 3. S. 25. — L 4 pr. S. 3. 59. L. 4. §§. 1. 2. S. 213 32. — L. 6 pr. S. 1. — L. 7. 8. S. 13. 27 f. — L. 8. S. 28. — L. 9. S. 200. — L. 9 pr. S. 218. — L. 9. §. 1. S. 184 f. 209. 212. 214 — L. 9. §. 3. S. 6. — L. 9. §§. 4. 7. S. 6. — L. 9. §. 8. S. 3. 6. 29. 30. f. 33. 51. 55. — L. 9. §. 9. S. 12. 24. 58. — L. 10. S. 13. 24. 54. 59. — L. 11 pr. S. 59. — L. 11. §. 1. S. 11. — L. 11. §. 2. S. 38. 46. — L. 12. S. 26. 48. — L. 13 pr. S. 28. 46. — L. 13. §. 1. S. 28. 47. — L. 13. §. 2. S. 28. — L. 14. S. 182 f. 188. 190. L. 15. S. 29. 54. 55. 57. 63 f. — L. 16. S. 30. — L. 17. S. 10. — L. 18 pr. S. 19. — L. 18. §. 1. S. 26. — L. 19 pr. S. 13. 45. 48 f. L. 19. §. 1. S. 49. — L. 20. S. 19. — L. 21. S. 28. — L. 22. S. 27. 220. 236. — L. 24. S. 214. 218. — L. 26. S. 39. 43. — L. 27. S. 79. — L. 29. S. 69. — L. 30. S. 26. — L. 32. S. 51. 54. 25. — L. 33. 34 pr. §. 1. S. 12. 57. — L. 40. S. 99. — L. 1. S. 28.
Tit. de iureiurando (12, 2). L. 9 pr. S. 173. — L. 28. §. 4. S. 65. — L. 42 pr. S. 83.
„ de in litem iur. (12, 3). L. 6. S. 216.
„ de cond. indebiti (12, 6). L. 13. §. 1. S. 85. 88. — L. 14. S. 84. — L. 15 pr. S 8. — L. 15. §. 1. S. 46. — L. 24. S. 109. — L. 26. §. 9. S. 89. 184. — L. 26. §. 12. S. 214. — L. 29. S. 47. — L. 31. S. 109. — L. 40 pr. S. 155. 182. 189. — L. 41. S. 82 83. 90. — L. 52. S. 204. — L. 65. §§. 6—8. S. 214.
„ de cond. sine causa (12, 7). L. 3. S. 216.
„ de cond. furtiva (13, 1). L. 18. S 26.
„ de cond. tritic. (13, 3). L. 1 pr. L. 2. S. 204 f. 209 f. — L. 3. 4. S 204 f. 220.
„ quod cum eo (14, 5). S. 149. 153. — L. 2 pr. S 186. — L. 2 pr. L. 7. S. 160. 186. — L. 8. S. 53.
„ de pecunia const. (13, 5). L. 1. §§. 3. 7. S. 186. — L. 1. §. 8. S. 176. — L. 3. §. 1. S. 186. — L. 15. S. 41. — L. 18. §. 3. — L. 27. S. 187. — L. 19. §. 2. L. 20. S. 176.
„ commodati (13, 6). L. 3 pr. S. 85. — L. 10 pr. L. 19. S. 3.
„ de pignerat. act. (13, 7). L. 11. §§. 5. 6. S. 41. — L. 16 pr. S. 80. L. 24. §. 1. S. 196.
„ de exercit. act. (14, 1). L. 1. §. 11. S. 167.
„ de instit. act. (14, 3). L. 7 pr. S. 76. — L. 7. §. 2. L. 8. S. 81 f.

Digitized by Google

— L. 10. S. 85. — L. 17. §§. 4. 5. S. 69. — L. 19. S. 55. — L. 19. §. 3. S. 53. 198. — L. 20. S. 23 f.
Tit. de tribut. act. (14, 4). L. 5. §. 18. S. 63. 137.
„ quod cum eo qui in al. (14, 5). S. 149. 153. — L. 2 pr. S. 186. — L. 2 pr. L. 7. S. 160. 186. L. 8. S. 53.
„ de SC. Macedon. (14, 6). L. 1 pr. S. 57. 152. 173. — L. 1. §. 1. S. 156. — L. 1. §. 2. L. 2. 3. S. 156. 171. 175 f. — L. 3. §. 2. S. 156. 159. — L. 3. §. 3. S. 22. 53 f. 63. 137. 157. — L. 3. §. 4. S. 154. 156. — L. 4. S. 156. 159. — L. 5. S. 157. — L. 6. S. 6. 156. — L. 7 pr. S. 157 f. — L. 7. §. 1. S. 27. 175. — L. 7. §. 2. S. 157. L. 7. §. 3. S. 59. 156. — L. 7. §§. 4. 5. S. 156. — L. 7. §. 7. S. 158. — L. 7. §. 8. S. 154. — L. 7. §. 9. S. 158. — L. 7. §. 11. S. 161. 163. 175. 179. — L. 7. § 12. S. 51. 73. 161. 165 ff. — L. 7. §. 13. S. 168. — L. 7. §. 14. S. 51. — L. 7. §§. 15. 16. S. 89. 161. 181 ff. 189. — L. 7. §. 16. S. 89. 161. 193. — L. 8. S. 194. — L. 9. pr. S. 89. — L. 9. §. 1. S. 57. 70. — L. 9. §. 2. S. 156. 158. 163. 169. — L. 9. §. 3. S. 178. — L. 9. §. 4. S. 174. 195. — L. 10. S. 188. — L. 11. S. 175. 195. — L. 12. S. 161. L. 13. S. 157. — L. 14. S. 155. — L. 15. S. 78. 159. — L. 16. S. 161. — L. 17. S. 166. — L. 18. S. 163. — L. 19. S. 171. — L. 20. S. 191 f.
„ de peculio (15, 1). L. 1. §. 1. S. 71. — L. 5. §§. 3. 4. S. 70. — L. 7. §. 5. S. 70. — L. 9. §. 1. — L. 11. §. 2. S. 85. — L. 35 pr. S. 24. — L. 38 pr. S. 24. — L. 41. S. 71. — L. 44. 45. S. 68. — L. 49. §. 2. S. 85. 136.
„ de in rem verso (15, 3). L. 1. §. 5. L. 3. §. 1. S. 165 f. — L. 3. §. 2. S. 72. — L. 5. §. 3. — L. 7. §§. 5. 12. — L. 10 pr. §§. 7. 10. — L. 9. §. 2. S. 165. 166. — L. 3. §. 2. — L. 17 pr. S. 74 f. — L. 3. §. 3. S. 65. — L. 3. §§. 5. 6. 7. 8. 10. S. 51. 56. 70. 38 f. 84. — L. 7 pr. §. 1. §. 5. — L. 10. §§. 5. 10. S. 71 f. 76. — L. 10. §. 6. S. 56 f. — L. 11. S. 167. — L. 15. S. 187. — L. 17 pr. S. 74 f. — L. 20. §. 1. S. 55.
„ quod iussu (15, 4). L. 1. §. 4. L. 2. §. 1. — L. 3. S. 71.
„ ad SC. Vellei. (16, 1). L. 2. §. 1. S. 50. 156. 180. — L. 8. §. 5. S. 180. — L. 13. §. 1. S. 104. — L. 16. S. 180. — L. 17 pr. — L. 27 pr. S. 73. — L. 17. §. 2. S. 27. 78.
Tit. de compens. (16, 2). L. 14. S. 188.
„ depositi (16, 3). L. 1. §. 11. — L. 16. 26 pr. S. 42. — L. 1. §. 34. S. 59. — L. 7. §. 2. S. 23. — L. 15. 29. §. 1. S. 58. — L. 19. S. 10. — L. 24. 28. S. 23.
„ mandati (17, 1). L. 6. §. 6. S. 64. — L. 10. §. 4. S. 30. — L. 12. §. 3. S. 197. — L. 12. §. 11. S. 56. — L. 12. §. 13. S. 154. 163. 179. — L. 12. §. 15. S. 43. — L. 24. §. 2. — L. 25. §. 1. — L. 26. §. 1. L. 28. 29. §. 1. S. 23 f. — L. 29 pr. S. 102. — L. 34 pr. S. 3. 53. 58. 60. — L. 47. §. 1. S. 46. — L. 48. §. 1. S. 29. 30. — L. 61. S. 10.
„ pro socio (17, 2). L. 1. §. 1. L. 2. S. 9. — L. 44. S. 221. — L. 67. §. 1. S. 30. — L. 82. S. 74. — L. 84. S. 69.
„ de contrah. empt. (18, 1). L. 35. §§. 5. 7. S. 235.
„ de in diem add. (18, 2). L. 14. §. 3. S. 82.
„ de resc. vend. (18, 5). L. 7. §. 1. S. 83.
„ de act. empti (19, 1). L. 5. §. 1. S. 109. — L. 25. S. 236.
„ locati (19, 2). L. 15. §. 6. S. 14. — L. 31. S. 12. 22. 23. 224. — L. 54. §. 2. S. 22.
„ de praescr. verbis (19, 5). L. 4. §. 5. S. 20. — L. 13 pr. S. 221. — L. 19 pr. S. 3. 60. — L. 24. S. 56. — L. 25. S. 20.
„ de pignor. (20, 1). L. 11 pr. S. 79. — L. 21 pr. S. 41. — L. 26. §. 1. S. 101. — L. 26. §. 1. S. 101. — L. 28. S. 38.
„ quae res pign. (20, 3). L. 2. S. 179. — L. 4. S. 26.
„ qui potiores (20, 4). L. 1. §. 1. L. 11 pr. S. 26.
„ de usuris (22, 1). L. 4 pr. S. 214. L. 41. §. 1. S. 27. — L. 41. §. 2. S. 93. 99.
„ de nautico fen. (22, 2). L. 1. S. 222. — L. 2. S. 227. 229. 231. — L. 3. S. 229. — L. 4 pr. S. 223. 233. L. 4. §. 1. S. 227. 230. 238. — L. 5 pr. S. 225 f. — L. 5. §. 1. S. 227. 233. — L. 6. S. 222. 224. 226. 229. 233. — L. 7. S. 223. 229. — L. 8. S. 223. 231 f. — L. 9. S. 227. 231 f.
„ de probat. (22, 3). L. 4. S. 102. — L. 18. §. 1. L. 19. S. 102. — L. 24. S. 111. 135. — L. 25. §§. 1. 2. S. 107. — L. 25. §. 3. S. 117.

Digitized by Google

147. — L. 25. §. 4. S. 107. 124. 134.
Tit. de fide instr. (22, 4). S. 121.
„ de iur. et facti ign. (22, 6). L. 8. S. 110.
„ de iure dot. (23, 3). L. 5. §. 8. S. 52. 70. — L. 5. §. 9. S. 184. — L. 16. S. 21. — L. 34. S. 3. — L. 42. S. 12. — L. 67. S. 46. — L. 78. §. 5. S. 109. — L. 81. S. 49.
„ de pact. dot. (23, 4). L. 32 pr. S. 21.
„ de donat. int. vir. (24, 1). L. 5 pr. S. 77. — L. 57. S. 127.
„ sol. matrim. (24, 3). L. 66. §. 3. S. 21.
„ rer. amot. (25, 2). L. 25. S. 8.
„ de admin. et peric. (26, 7) L. 9 pr. S. 43. — L. 9. §. 1. — L. 16. S. 43. — L. 39. §. 4. S. 74. 80. — L. 46. §. 2. S. 43.
„ de auct. et consensu (26, 8). L. 5. pr. S. 79. 84. 85. — L. 9. pr. S. 28.
„ quando ex facto tut. (26, 9). L. 2. S. 43.
„ de leg. 1. (30). L. 45. §§. 1. 2. L. 46. 46. S. 234. — L. 65 pr. L. 71. pr. S. 234. — L. 84. §. 7. S. 95. 98.
„ de leg. 2. (31). L. 66. §§. 2. 3. S. 234.
„ de leg. 3. (32). L. 24. §. 3. S. 14.
„ de dote praeleg. (33, 4). L. 1. §. 4. S. 9.
„ de liberat. leg. (34, 3). L. 28. §. 5. S. 23. — L. 28. §§. 9. 13. L. 31. §. 4. S. 93. 23.
„ ad legem Falc. (35, 2). L. 30. §§. 5. 6. S. 234.
„ si cui plus q. p. leg. Falc. (35, 3). L. 1. §. 7. S. 111.
„ ad SC. Trebell. (36, 1). L. 64. pr. S. 87. — L. 65. §. 4. S. 30.
„ quando dies leg. (36, 2). L. 25. §. 1. S. 86.
„ ut in poss. leg. (36, 4). L. 1. pr. S. 110.
„ de donat. (39, 5). L. 19. §. 3. S. 27. — L. 20. §. 1. S. 109. — L. 31. §. 3. S. 42. — L. 39. §. 4. S. 90. — L. 33. §. 1. S. 67. — L. 34. pr. S. 32. — L. 35. §. 2. S. 31. 37. 55.
„ de mortis c. don. (39, 6). L. 18. §. 2. S. 43.
„ de statulib. (40, 7). L. 38. S. 230. — L. 40. §§. 5. 7. S. 14. 236.
„ de acquir. rer. dom. (41, 1). L. 1. pr. S. 670. — L. 20. pr. S. 49. — L. 53. S. 85.
„ pro emptore (41, 4). L. 7. §. ult. S. 46.
„ de re iudic. (42, 1). L. 10. S. 149. 171. 191. — L. 15. §. 11. S. 23.
„ de confessis (42, 2). L. 3. 5. 6. S. 215.
Tit. de reb. auct. iud. (42, 5). L. 2. 4. §. 1. S. 30. — L. 24. §. 2. S. 23. — L. 24. §. 3. S. 57.
„ de precar. (43, 26). L. 19. §. 2. S. 211.
„ de except. (44, 1) L. 2. §. 1. S. 134. — L. 7. §. 1. S. 175.
„ de except. rei iud. (44, 2). L. 2. S. 111. — L. 30. S. 104. — L. 11. §§. 1. 2. L. 14. §. 2. S. 200 f.
„ de doli mali except. (44, 4). L. 2. §. 3. S. 26. L. 4. §. 16. S. 101. — L. 4. §. 17. S. 190. — L. 17 pr. S. 110. 113. 125.
„ quarum rer. actio n. d. (44, 5). L. 56. 173.
„ de oblig. et act. (44, 7). L. 1. §. 2. S. 5. — L. 1. §§. 3. 4. S. 3. 12. — L. 5. §. 3. S. 8. — L. 9. S. 10. — L. 11. S. 41. — L. 14. S. 69 f. — L. 23. S. 230. 233. — L. 24 pr. §§. 1. 2. S. 26. 47 f. — L. 38. S. 125. — L. 39. S. 68. — L. 51. S. 198. — L. 52. §. 3. S. 6. 141. — L. 55. S. 25. — L. 58. (59). S. 82. 84. — L. 61. pr. S. 140.
„ de verb. obl. (45, 1). L. 7. S. 4. — L. 38. §. 17. S. 41. — L. 56. §. 1. S. 196. — L. 56. §. 4. S. 13. — L. 59. S. 85. — L. 68. S. 26. — L. 72. pr. S. 13. 214. — L. 73. pr. S. 13. 214. — L. 74. S. 214. 216 f. — L. 75. §§. 5. 6. S. 202. 217. — L. 85. §. 7. S. 230. — L. 91. S. 236. — L. 122. §. 1. S. 224. 230. 233. — L. 126. §. 2. S. 6. 29 f. 34. 115 f. 139. — L. 127. S. 82. — L. 134. §. 2. S. 127.
„ de duob. reis (45, 2). L. 11. §. 1. S. 127.
„ de stipul. serv. (45, 3). L. 1. §. 2. S. 101. 136. — L. 18. §. 3. S. 5. 11.
„ de fideiuss. (46, 1). L. 2. S. 82. — L. 10. §. 2. S. 149. — L. 12. 13. S. 179. — L. 23. S. 38. — L. 25. S. 82. — L. 26. S. 217. — L. 56. §. 2. S. 28. 47.
„ de novat. (46, 2). L. 1. §. 1. S. 83. — L. 6. §. 1. S. 6. 94. — L. 7. S. 6. — L. 19. S. 186. 191.
„ de solut. (46, 3). L. 12. §. 4. S. 33. — L. 14. §. 8. S. 184. — L. 18. S. 21. — L. 32. S. 21. — L. 19. S. 46. —L. 35. S. 28. 69. — L. 44. S. 86. L. 47. pr. §. 1. S. 84. 166 ff. — L. 49. S. 30. — L. 60. S. 46. L. 66. S. 85. — L. 67. S. 20. 235. — L. 78. S. 46 f. — L. 80. S. 85. — L. 89 pr. S. 134. L. 94 pr. S. 45. — L. 94. §. 1. S. 28. — L. 94. §. 2.

Digitized by Google

S. 17. 46. 87. — L. 94. §. 3. S. 183. 186. — L. 95. §. 4. S. 82 f. — L. 95. §. 10 S. 39. — L. 99. S. 197. — L. 102. §. 3. S. 12.
Tit. de acceptilat. (46, 4). L. 1. S. 167. — L. 8. pr. L. 19. pr. §. 1. S. 134.
„ de furtis (47, 2). L. 12. §. 1. S. 46. — L. 21. pr. S. 59. — L. 27. pr. §§. 1. 3. L. 28. L. 32. pr. §. 1. S. 13. 93. 117. 124. — L. 43 pr. S. 26. — L. 67. (66). §. 4. S. 25. — L. 82. §. 3. S. 135. — L. 82. §. 7. S. 44.
„ de iniur. (47, 10). L. 18. §. 3. S. 25.
„ ad leg. Jul. de adult. (48, 5). L. 27. §§. 15. 16. S. 202.
„ de lege Cornel. de fals. (48, 10). L. 1. §. 4. L. 6. S. 123.
„ de castr. pecul. (49, 17). L. 7. 18. §. 5. S. 170. — L. 15. §. 3. S. 176.
„ de pollicit. (50, 12). L. 2. §. 1. S. 172.
„ de verb. signif. (50, 16). L. 10. 11. 12. S. 12. 32. — L. 49. S. 47. 51. — L. 159. S. 196. — L. 213. §. 1. S. 2 f.
„ de reg. jur. (50, 17). L. 112. S. 180. — L. 134. §. 1. S. 46. — L. 177. §. 1. S. 101.

Codex.

Tit. de episc. aud. (1, 4). L. 21. S. 131. 144.
„ de postul. (2, 6). L. 3. S. 107. 117 f. 145.
„ ne fiscus v. resp. (2, 18). L. 4. S. 118. 143.
„ de negot. gest. (2, 19). L. 2. S. 85. — L. 19. S. 33.
„ de his quae vi (2, 20). L. 2. S. 135. 145.
„ de dolo (2, 21). L. 8. S. 120.
„ de filiofam. min. (2, 23). L. 2. S. 159 f.
„ si tutor vel cur. (2, 25). L. 4. S. 56.
„ in quib. caus. in int. (2, 40, (41). L. 5. S. 122.
„ si minor se mai. (2, 43). L. 3. S. 111.
„ si maior factus alien. (2, 45). L. 1. 2. S. 88.
„ de receptis (2, 56). L. 4. S. 126 f.
„ de plus pet. (3, 10). L. 3. S. 107. 142.
„ ad exhib. (3, 42). L. 8. S. 42.
„ si certum pet. (4, 2). L. 2. S. 29. 40. 44. — L. 3. S. 57. — L. 4. S. 31. 38. 66. — L. 5. S. 25. 136. — L. 6. S. 136. — L. 7. S. 29. — L. 8. S. 21. — L. 9. S. 27. 30. — L. 11. S. 12. — L. 12. S. 27. — L. 13. S. 73 ff. — L. 15. S. 73. — L. 16. S. 57. — L. 17. S. 125. 131.
Tit. de condict. indeb. (4, 5). L. 3. 4. S. 109. 110. — L. 6. S. 30.
„ de condict. ob caus. (4, 6). L. 4. 11. S. 11. 108.
„ de condict. ob turpem (4, 7). L. 1. S. 106. 135.
„ de condict. ex lege (4, 9). L. 4. S. 117. L. 4. S. 65.
„ de obl. et act. (4, 10). L. 13. S. 73.
„ ne filius pro patre (4, 13). L. 1. S. 160. 165.
„ an servus ex suo facto (4, 14). L. 2. S. 69.
„ de hered. act. (4, 16). L. 1. S. 196.
„ de constit. pec. (4, 18). L. 2. S. 93.
„ de probat. (4, 19). L. 19. S. 106. — L. 23. S. 114.
„ de testib. (4, 20). L. 1. rest. S. 80. 106.
„ de fide instrum. (4, 21). L. 16. S. 143.
„ de exercit. act. (4, 25). L. 3. S. 24.
„ quod cum eo qui in al. (4, 26). L. 7. S. 34. 75. — L. 8. S. 149.
„ per quas pers. nob. acq. (4, 27). L. 3. S. 30 f. 33.
„ ad SC. Maced. (4, 28). L. 1. S. 171. — L. 2. S. 160. 166. 168. — L. 2. S. 90. 160. 191. — L. 3. S. 157. 22. — L. 4. S. 189. — L. 5. S. 169. — L. 6. S. 163. 155. — L. 7. pr. S. 106 f. — L. 7. §. 1. S. 156. 170.
„ ad SC. Vellei. (4, 29). L. 13. S. 76. — L. 18. S. 190.
„ de non num. pec. (4, 30). L. 1. S. 140. — L. 2. S. 106. 140. — L. 3. S. 102. 106. 119. 133. — L. 4. S. 89. 103. 141. — L. 5. S. 112. 119. 136 f. 198. — L. 6. S. 139. — L. 7. S. 117. — L. 8. 9. 10. S. 11. 101. 106 f. 113 f. 119. 121. 143 ff. — L. 11. S. 136 f. — L. 12. S. 143. — L. 13. S. 112. 124. 136 f. — L. 14. pr. S. 131. L. 14. §. 1. 2. S. 107. 135. 143. 146. — L. 14. §. 3. S. 146. — L. 14. §§. 4. 6. S. 144. — L. 15. S. 143. — L. 16. S. 133.
„ de compensat. (4, 31). L. 3. S. 78.
„ de usuris (4, 32). L. 4. S. 227. — L. 23. S. 197. — L. 26. §. 1. S. 228.
„ de naut. fen. (4, 33). L. 1. 2. 3. S. 222 f. 227 ff.
„ depositi (4, 34). L. 8. S. 29.
„ de resc. vend. (4, 44). L. 4. 8. 10. S. 102.
„ de iure dot. (5, 12). L. 10. S. 21.
„ de dote cauta (5, 15). L. 3. S. 116. 131.
„ de don. int. vir. (5, 16). L. 6. S. 42. — L. 25. S. 33.

Digitized by Google

Tit. de admin. tut. (5, 37). L. 15. S. 123. — L. 22. S. 93.
„ quando ex facto tut. (5, 39). L. 2. S. 43. — L. 3. S. 77. 80. — L. 5. S. 57.
„ ut in poss. leg. (6, 54). L. 7. S. 112.
„ de bon. quae lib. (6, 61). S. 177.
„ quib. non obicitur (7, 35). L. 5. S. 198. 200.
„ de annali exc. Ital. contr. (7, 40). L. 1. S. 120. 122.
„ qui bonis cedere (7, 71). L. 7. S. 149.
„ de pignor. (8, 13. [14]). L. 16. S. 29.
„ si aliena res pign. (8, 15. [16]). L. 3. S. 80.
„ qui potior. (8, 17. [18]). L. 11. S. 97. 124.
„ de distr. pign. (8, 27. [28]). L. 19. S. 29.
„ si pign. convent. (8, 32. [33]). L. 1. S. 104.
„ de except. (8, 35. [36]). L. 7. S. 134.
„ de contrah. stip. (8, 37. [38]). L. 1. S. 127. — L. 2. S. 111. — L. 3. S. 6. 40. — L. 14. §. 2. S. 130.
„ de inutil. stip. (8, 38. [39]). L. 6. S. 37.
Tit. de duob. reis (8, 39. [40]). L. 4 S. 136.
„ de fideiuss. (8, 40. [41]). L. 15. S. 109.
„ de solut. (8, 42. [43]). L. 6. 7. S. 134. — L. 21. S. 89. — L. 25. S. 117.
„ de apoch. publ. (10,22). L. 4. S. 131.
„ de debitor. civit. (11, 33. [32]). L. 2. S. 79.
„ quo quisque ord. (11, 36. [35]). L. 4. S. 78.

Novellae.
Nov. 18. c. 8. S. 121. 123. 128. 146. — Nov. 73. c. 2. 4. S. 131. — Nov. 82. c. 11. S. 127. — Nov. 90. c. 2. S. 131. — Nov. 100. praef. S. 112. — Nov. 100. c. 1. 2. S. 119 f. 144. 145. — Nov. 106. S. 228. 230 f. — Nov. 110. S. 228. — Nov. 115. c. 3. S. 168. — Nov. 120. c. 6. S. 79. — Nov. 136. c. 6. S. 140.

Basilica.
14, 1. S. 61. — 18, 4. S. 178. 192. — 23, 1. S. 3. 46. 49. 52. 104. 113. — 29, 1. S. 49. — 44, 20. S. 86. — 52, 1. S. 232.

Berichtigungen.

S. 27, Z. 16 ist zu 12 in einer Anmerkung hinzuzufügen: In dieser L. 12 ist statt der sinnlosen Worte ut debitum posceres, die schon die Basiliken vor sich hatten, und die Mommsens Vorschlag aut indebitum poscere nicht bessert, offenbar indebitum poscens zu lesen.

S. 32 in Anm. 2 statt: „Archiv" u. s. w., lies: welche vermuthlich im Archiv für civ. Pr. LXV. erscheinen wird.

S. 102, Z. 18 statt „(4, 44)" lies: (44, 4).

S. 116, Z. 8 statt „causa" lies: cauta.

S. 129, Z. 3 statt „297 Anm. 1)" lies: 127 Anm.

S. 187 in Anm. 2 statt „LXIV." lies: LXV.

S. 204 in der Anm. 2, Z. 3 statt „L. pr." lies: L. 9. pr.

S. 221, Z. 25 statt „(17, 5)" lies: (19, 5).

S. 227, Z. 31 statt „Capital" lies: Capital und Gefahrszinse. Z. 33 statt „stipulierten" lies: stipulierten gewöhnlichen.

S. 228, Z. 9 ist nach „gegeben" hinzuzufügen: (Nov. 106 praef.), weshalb auch für die Reisezeit die gewöhnlichen Zinsen wegfallen. L. 1 (2). C. h. t.

S. 228, Z. 11 ist nach „angewandt wurde" hinzuzufügen: L. 26. §. 1. C. de usur. (4, 32).

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google